



IVRISPRVDENTIAE PAPINIANEAE SCIENTIA,

AD ORDINEM INSTITVTIONVM IMPERIALIVM EFFORMATA;

In qua vniuersum ius ciuile noua methodo ad propria & indubitata sua Principia refertur, & ex iis clarissimè ac certissimè demonstratur.

OPVS



ANTONII FABRI I. C SEBVSIANI SERENISS. SABAVDIÆ DVCIS CONSILIARII IN SABAVDIENSI Curia Senatoris, & in Gebennensis Ducatus auditorio Præsidis.

Ad illustriss. & Excellentiss. Principem Henricum à Sabaudia Gebennensium & Nemorosij Ducem.





LVGDVNI,

Apud hæredes Iacobi Chouët,

M. D. CVII.

Gazzari



ILLVSTRISS. ET EXCELLENTISS.

PRINCIPI HENRICO A SABAVDIA GEBENNENSIVM & Nemorosij Duci &c. Antonius Faber S. & F. P.



I tam verum esset, quàm eleganter olim dictum illud est, Princeps illustrissime, Eousque grata esse lætáque beneficia dum videntur exsolui posse, Infeliciter vtique mecum ageretur, qui tot tantísque iampridem abs te ornatus & cumulatus beneficiis non solùm reddendæ gratiæ nunc impar essem, Sed etiam voluptate posthac illa carendum haberem, quam ex liberalitatis, & munificentiæ tuæ memoria contractam, sicuti sentire semper dulcissimum fuerit, ita etiam perhonorificum retinere. Nam vt quod primum est in quaque re, idem fermè censetur esse maximum, Quantum obsecro illud fuit, quod decimo propè iam ab hinc anno sedenti mihi inter Senatores nostros, nihilque tale suspicanti nedum ambienti, præcipua ista dignitas per te vltrò, nisi quod subditorum tuorum vniuersis gradibus id enixè flagitantibus, delata est, quæ vix alios ante me possessores vllos habuerat, quàm qui vel ex supremarum

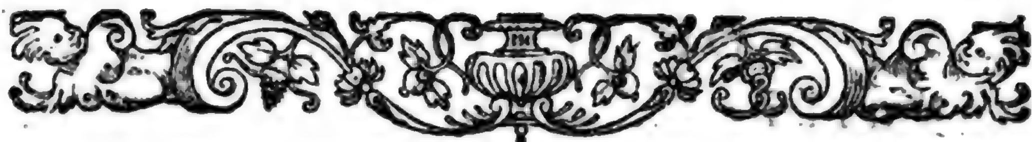
Curiarum Præsidibus adsciti fuissent, vel à tanti honoris fastigio in supremas Curias assumpti, subinde amplissimis Ordinibus præfuissent: vt quod minimè petenti datum esse constaret, hoc ipso non immerenti, quæ tua laus non minus quàm mea foret, dedisse videreris. Prætermitto cætera, quæ singula recensere pergratum quidem mihi, sed fortassis importunum tibi esset, Minora planè, quia sunt secuta, sed ob hoc ipsum tantò plura, eóque suauiora, quò difficilius plerumque est, summorum Principum beneuolentiam ac liberalitatem tueri quàm promereri. Est enim nescio quid in gratia vel prudentissimi & optimi cuiusque Principis occupanda, quod sibi fortuna suo quodãmodo iure vindicet: At vt feliciter occupata retineatur diutiùs, & noua in singulas occasiones benefactorum accessione amplificetur, fieri certè vix potest, quin & iudicii & constantiæ laudem agnoscere liceat in donante, Obsequii verò & meriti quoque in accipiente. Quamquam autem nihil paruum videri potest præsertim verò in æstimanda muneris magnitudine, quod à tãto Principe profectum sit, Nihil tamen est quod beneficentiæ tuæ meam gratitudinem magis deuinxerit, quàm quòd tuam in me amando & ornando constantiam, mihi nunquam sanè suspectam, iis quoque perspectam fecisti, qui huic meæ siue felicitati, siue quod minùs credo, virtuti non obscurè inuidentes, nihil non mouerunt vt singularis perpetuæque tuæ erga me voluntatis tibi laudem, mihi verò fructum eriperent, Rati non meliùs assequi se posse vt tot me accepisse beneficia puderet, quàm si facere possent, vt dedisse te pœniteret. Tu verò, Princeps illustrissime, cùm ad tuã maximè dignitatem pertinere intelligeres, vt neque sine iudicio amasse crederes eum quẽ sine modo amasses, neque amandi eius finẽ faceres qui assiduis, maiori-

ioribúsque in dies officiis ac obsequiis tuam erga se beneuolentiã prouocare non desineret, Tantò magis ad fauendũ incitatus, vix quicquam tibi reliquum fecisti quod ad dignationẽ meam conferri potuerit, Præter eam gloriam & oblectationem quæ magnificis omnibus, sed potissimùm Principibus eo maior superesse solet ex beneficiorum liberaliter collatorum memoria, quo plura sunt illa, quæ benè collocarunt. Hinc, quasi iam nihil esset quod indulgere mihi amplius posses, Cœpisti, quæ tua fuit mira humanitas, de meis quoque liberis eâdem munificentia deuinciendis cogitare, Præfecturámque totius Gebennensis huius prouinciæ amplissimam quæ tam multos támque auidos per ambitum habuit candidatos, Renato meo decretam esse voluisti, ne dubitari posset ea tibi visa esse à patre præstita obsequia, quæ in filio remuneranda iudicares, vt hoc veluti stimulo concitatiùs incenderetur filius ad illa ipsa quãdoque iure propemodum hereditario repetenda, quæ prior pater præstitisset. Nec tuo iudicio contentus, quod tamen instar omnium esse poterat, Adhibuisti etiam liberalitatis tuæ testes conscios & velut correos debendi Reuerendiss. D. Franciscum De Sales Episcopum Gebennensem, & Præillustrem Carolum de Simiane Albignium, Serenissimi Ducis in tota Sabaudia vices gerentem, Vtrumque tibi charissimum, mihi fauentissimum, vt ista liberalitate quam in me vnum profundebas illos quoque obstringeres ad reddendam, & mecum & pro me tibi gratiam, tantò digniorem, quantò pręclarius scirent esse beneficium, cuius tu magnitudinem non tam in re ipsa quæ dabatur, licèt per se maxima, quàm in dandi causa posuisses. Cùm autem in tanta meritorũ erga me tuorum frequentia, ne dicam æmulatione, illud vnum malè me haberet, quod

ſciebam, Acceptorum beneficiorum omnium eam eſſe rationem, vt parum ſit, ni potiùs indecorum ea promeruiſſe priuſquàm acciperentur, ſi non poſtquàm accepta fuerint, vel nouis officiis, vel ſaltem aliquo grati animi monumento retineantur, Accidit peropportunè vt eodem tempore quo noſtram vtriuſque modeſtiam, ac penè dixerim verecundiam tot ornamentis in patrem filiúmque ſimul collatis onerabas, haberem in manibus hanc meam Iuriſprudentiæ Papinianeæ ſcientiam, quæ, quòd in eo eſſet vt iam tùm de ipſa in publicum edenda decernerem, digna mihi viſa eſt cuius fidem & operam in eam rem implorarem. Quid enim à me præſtantius in hoc præſertim nouo ſcribendi genere aut expectare potuiſſes, aut ego præſtare? Itaque oblatam exinde tibi, conceptiſque verbis dicatam non ſolùm benignè ac humaniter excepiſti, verùm etiam, quod in egregiis quibuſque beneficiis æſtimandis caput eſt, ſic mecum egiſti, quaſi accepiſſes tu, qui potiùs accipiendo dediſſes. Nec enim diſſimulabam, cùm tibi qualecumque hoc opus quaſi meum dicarem, Eiuſmodi tamen illud eſſe vt tuum potiùs dici deberet, Siue quòd mea omnia non tantùm imperio, ſed etiam dominio tua poſſis verè dicere, Siue proprio quodam ac peculiari iure, quòd maxima ex parte compoſitum à me fuerit & elaboratum Romæ, quo anno inſignis illa, quam editioni paro, de hereditate Sereniſſ. Alfonſi ſecundi Ferrariæ Ducis controuerſia pro matre tua illuſtriſſ. D. Anna Eſtenſi cõtra Sereniſſ. D. Cæſarem Eſtenſem Mutinæ Ducem in Rota tractabatur, Cùm in tanta ocij copia quanta plerumque per longiores, ſed tamen ſolitas iudiciorũ ambages & moras inuiti abundabamus, negotium aliquod quæreremus, nec honeſtius vllum aliud inueniremus. Præſtaret fateor, quod ille dicebat, ocioſum

fuiſſe

fuiſſe quàm nihil egiſſe. Sed non priùs admittam nihil à me actum fuiſſe, quàm cognouero his meis lucubrationibus aſſecutum me non eſſe quod & volui, & quanta potui contentione ingenij ſum enixus, vt veram nec minùs veterem edocendæ addiſcendæque Iuriſprudentiæ noſtræ rationem à tam multis hactenus parum feliciter indagatam primus crederer adumbraſſe ſaltem, & delineaſſe. Id ſi doctiores ita eſſe mecum reputabunt, non pudebit tanti operis tantum quoque Mecœnatem habere te voluiſſe, vt conſtantis meæ in te obſeruantiæ perinde ac nominis mei, ſi quod vnquã erit, memoria eodẽ tramite ad poſteros tranſmittatur. Sin, quod abominor, ſecus res cadet, Tuæ tamen erit humanitatis & magnificentiæ tanti meam gratitudinem facere quanti fuiſſet munus hoc nouum, ſi & votis & conatibus meis euentus reſpondere potuiſſet: Quantíque eſſe deceret, non vti ne plus dediſſe mihi videreris, quàm ego reddidiſſe, id enim neque mihi vtile foret, neque tibi decorum: Sed ne quid à me vel factum eſſe vel prætermiſſum crederes, quod facere deberet, vt incredibilem voluntatis erga me tuæ propenſionem meruiſſe feliciùs aut faciliùs quàm conſeruaſſe viderer. Bene vale, Princeps illuſtriſſime, & mihi meíſque omnibus etiam tuis quàm diutiſsimè felix viue. Ex Necio tuo Gebennenſium Cal. Ianuar. 1607.



LECTORI MEO.

INVALVIT iampridem illa multorum animis radicitùs infixa opinio, Iuris nostri neque scientiam, neque artem vllam esse, magisq; vana & fortuita hominum existimatione, quàm reipsa, certáque ratione aliqua totum ius constare. Quæ res mirum est, quantum de Iurisprudentiæ precio apud plerosque, de dignitate verò apud omnes detraxerit. Quotus enim quisque est, qui genus illud studij velit eligere in quo posteaquàm senuerit, nihil tandem aliud assecutum se gloriari possit, quàm vt multa didicisse, nec quicquam tamen scire videatur? Est hoc dissimile inter habitus voluntatis, & intellectus, quòd reflexionem isti in seipsos aliquã habent, illi verò nullam. Nec enim prudentissimus aut iustißimus hominum vel prudentem se vel iustum poßit ædfirmare, quin hoc ipso & imprudenter faciat, & impudenter. Eóque fortaßis respexerunt, qui iam olim tantopere laudarunt solitum dicere Socratem. Hoc vnum se scire quòd nihil sciret. Eleganter sanè non minùs quàm modestè, ac vt eum decebat Philosophum, qui solam moralem philosophiam profitebatur, quam primus mortalium è cœlo in terras euocasse, delapsámque excepisse credebatur. At quis non rideret Platonem & Aristotelem si se Logicos illi, aut Physicos esse nescirent, Gorgiam, Lysiam, Isocratem & Demosthenem, si Oratores, Hyppocratem si medicum, Archimedem, si Mathematicum, Euclidem, si Geometram se dicere non auderet? Vulgaris equidem & frequens, sed non eò minùs præpostera, stultáque multorum ambitio ista est, qui falsæ humilitatis ostentatione vanam gloriam aucupantes, vt Socraticæ modestiæ imitatores existimentur, hoc vnum se scire iactitant quod omnium

nium maximè ignorant, Scire se nihil. Et verò, quid obsecro prodesset ingenitum fuisse à natura hominibus omnibus etiam imperitioribus appetitum sciendi, qui vel numquam expleri posset, vel ita expleretur, vt nullus ex eo voluptatis sensus foret? Habent omnes in ore probántque Horatianum illud

Scire tuum nihil est, nisi te scire hoc sciat alter,

Sed magis placeret mihi versus si Horatiano quoque retento more in hunc modum conceptus esset

Scire tuum nihil est, nisi te scire ipse scias tu.

Non quòd sibi quemquam adeò blandiri velim, vt quod scioli plerique faciunt, vbi scire aliquid priùs quàm sapere vel tantillum inceperit, magnum quiddam & mirabile consecutum se arbitretur, (inanis enim, planéque sui nescia est, quæ sciolos istos tam prodigiosè inflat scientia, nec maior aut certior eruditissimi cuiusque laus esse potest, quàm si omnibus præterquàm sibi ipsi doctus videatur.) Sed vt cùm multa didicerit quæ scire se certò sciat, tanto vehementiùs excitetur ad ambiendam & capessendam cæterorum quæ ignorat, scientiam: planè sibi persuadens verum esse quod olim benè quidam dixit, Maximam partem eorum quæ sciuntur, minimam esse illorum, quæ ignorantur. Hinc Mathematicarum præcipua commendatio, & gloria disciplinarum, quæ licèt minus vtilitatis conferant ad ea cōparanda, quæ societati humanæ tuendæ magis necessaria existimantur si Arithmeticam vnam excipias, Solæ tamen solis Principibus dignæ creduntur, quòd præcipuè deceat Principes ea scire quorum fructus non tam in vtilitate aliqua positus sit, quàm in oblectatione illa quæ ex pulcherrimarum scientiarum certissimè longóque studio acquisitarum conscientia, & fruitione percipitur. At quanto præclarior magísque Principibus ipsis digna crederetur Iurisprudentia, si vulgò persuasum esse posset, non minùs illam habere certitudinis & voluptatis, quàm habeant Mathematicæ: Dignitatis verò tanto plus quanto dignius subiectum tractat, quantóque maioris illam esse constat, & apud omnes in confesso est, vtilitatis. Mirari verò persæpè mihi contigit, mecúmq;

reputare diligentiùs, vnde tam crassus illorum error profluxerit qui adeò perniciosam istam futilémque de Iurisprudentia opinionem in vulgi animis primi excitarunt. Cōperi autē ex eo solo profluxisse, q interpretū vetustissimi, nec satis feliciter ad tantā scientiā eruditi, nec in cæteris disciplinis vllo ferè modo versati, nō alia Iurisprudētiæ nostræ Principia esse crediderunt, quàm quas passim iuris Regulas appellamus. Quarū fermè omniū cùm ea sit condicio vt singulæ suas exceptiones, ne cum nostris dicam fallentias & limitationes, eásque non paucas patiantur, Inde nimirū fieri putarunt vt nihil tā certum sit & exploratum in iure nostro, de quo dubitari probabiliter, ac in vtraque partē velut problematicè disceptari non possit. In eámque rē abuti solent Iauoleno, qui de Regulis tractans nō de Principiis scripsit, Definitionem omnem in iure ciuili periculosam esse, quod vix sit vt non aliquo casu subuertatur. Atqui non ius ex Regula sumitur, sed vt bene Paulus noster ait, Ex iure quod est, fit Regula, id est, ex iuris Principiis ex quibus solis tota vtique iuris substantia æstimatur. Principia porrò illa vt nos fallant magis fieri certè potest, quàm vt seipsam veritas fallat. Eo siquidem nomine non alias Propositiones intelligo quàm quæ vt primo rationis intuitu plausibiles, ita semper verissimæ ac certissimæ sint, & sine vlla penitus exceptione. Quæ potissima, vel potiùs vnica est inter iuris Principia & Regulas differentia. Principiū enim quodlibet Regula est, sed eiusmodi quæ nullam exceptionem admittat. Non autem æquè vicissim omnis Regula Principium est nisi si qua talis proponatur, quam & necessariò & perpetuò veram esse, negare ausit nemo. Denique sic statuo, Principium non tam esse regulam quàm rationem regulæ, & vt ita dixerim regulam regulæ. Quod eò pertinet vt si quo casu ob facti vel personæ vel loci circunstantiā aliquam ratio illa locum non habeat, hoc ipso appareat nullū regulæ locum esse posse, Ne alioqui Rationem omnimodo viciari oporteret, si non regula ipsa viciaretur. Summa rei hæc est, Regulas plerunque fallere, sed Rationē numquam, ex qua scilicet non minùs exceptiones, & limitationes Regularum, quàm Regulæ ipsæ proficiscuntur. Neque de hoc dubitarent

tarent interpretes, si eò vsq; progrederentur vt Regularũ quoque rationes inquirerent: Sed ne inquirere aut poßint aut velint, ex eo impediuntur, quod & Regulas pro Principiis habent vt dixi, & Principiorũ rationes non nisi absurdè ineptéque inquiri posse arbitrãtur, Quasi contradictionẽ implicet, vt Principia dicãtur, quæ ex altiore ac superiore aliqua ratione dependeant. In quo rursum falluntur. Nã vt in cæteris sciẽtiis omnibus, ita & in Iurisprudẽtia nostra duo sunt Principiorũ genera: Vnũ eorũ quæ prima Principia dicũtur, & independentia, atq; vt Philosophi loquuntur, primò prima: Cuiusmodi tamẽ sunt apud nos perpauca, nec alia ferè vlla, quàm quæ partẽ faciunt iuris constituti, quorũ licèt plerũque etiã alia, nulla tamen melior vnquã ratio est quàm quòd sic fuerint constituta. Alterum est eorum quæ subordinata sunt & vt aiunt secundaria, quorũ rationẽ si altiùs inuestiges facilè reperias pendere illa ex aliis superioribus, quæ vel ad Iurisprudentiã ipsam vel ad Philosophiã aut naturalẽ, aut moralẽ, aut politicã, aut œconomicã omnino referantur: Omnibus tamen istis cõmune illud est, quod rationẽ habent pro causa, suamq; ostentant & præseferunt veritatẽ non ex sensu solo, vt Mathematica, & ex Physicis pleraq;, Sed ex Ratiocinatione: quæ cùm solius hominis propria sit, tano excellentiorẽ fatendũ est Iurisprudentiã nostrã esse Mathematicis disciplinis, quanto præstatior ratio est, & dignior sensu. Etsi verò naturalis pronaq; hominũ ad dissentiendũ facilitas sæpenumero efficit, vt in vera & recta cuiusq; rei ratione indaganda, & constituenda pauci consentiant. Quis tamen neget abundare Iurisprudentiã iis Principiis, quorum, neque ratio, neq; fides in dubium vocari poßit ab eo qui Iureconsulti nomen laud mque sibi ausit adrogare? Cùm enim omniũ quæ vniuerso iure nostro continentur summa diuisio illa sit, quod alia constituti iuris, alia recepti esse dicuntur, Quid certius esse potest iis quæ cõstituta sunt à legũlatoribus qui constituendi potestatẽ habuerũt? Quid rationabilius iis quæ nullo nisi cogente imperio recepta inueniũtur? Nec quod tã multa sint ista Principia facere debet, vt sciẽtia infinita, & quod consequens esset, hoc ipso incerta esse videatur. Vastã enim facit ea

res non infinitã nec incertã: Nihilque verius dici potest quàm quod iã olim à Neratio dictũ fuit, Et finitũ & proinde certũ ius nostrũ esse: quorũ tamen neutrũ verè diceretur, si neque certis, neque finitis Principiis constaret. Quidni ergo erit nostra etiã Iurisprudẽtia verè sciẽtia? Quidni certas quoque ex tã certis Principiis habebit illationes & consequẽtias? Hinc verò prima mihi occasio cogitandi de toto iure nostro in artis aut potiùs scientiæ methodũ redigendo, sperãdiq; non fore rẽ admodũ difficilẽ si eũ Doctorẽ haberemus, qui & vniuersa Principia calleret optimè, & omnia quæ ex iis inferri possunt diligenter atque ex ordine subnotaret. Scio nõ defuisse qui ante nos scripserint ex professo De Principiis iuris, Itẽ qui totã Iurisprudentiã Romanã noua methodo, nec sine magno ingenio, summaq; eruditionis gloria efformarint. Sed qui Iurisprudentiã vniuersam legésq. omnes quæ in libris nostris extant, per Principia explicauerit, nemo ex omnibus quorũ scripta legere, vel nomina audire cõtigit, hucusq. fuit, Cùm autẽ tanto in opere adgrediendo illa primùm hæsitatio incurreret, à quibus Principiis initium sumere magis expediret [nec enim sic omnia inuicẽ connexa contextáq. sunt, vt à quibusdã ideo incipere sit necesse quod ab iis cætera omnia pendeant, sed habent suos tractatus singula, nec proinde multũ interesse videtur, quo demũ ordine proponantur] Visum tandẽ est factu optimũ, vt eam Titulorum & materiarum seriẽ retinerẽ, quã Iustinianus noster in Institutionibus secutus esset, quòd eruditiorum omnium iudicio sit illa longè optima, si cũ eo ordine qui in Pãdectis & Codice seruatus est, conferatur. Itaque vt ab Institutionibus, sic & à primo Institutionũ libro inchoandum opus existimaui, Non quòd in aliis libris idem facere non multò iucundius, & vtilius videretur, Sed vt in noua methodo proponenda, ex vetere aliquid retineremus, nec ab eo docendi, discendique more in totum recederemus qui sicut aliis plerisque ita & nobis expeditior breuiórque videri solet, vt à difficilioribus & perplexioribus incipiatur, quò cætera subinde appareant planiora: Sic affectis ferè humanis ingeniis, vt rerum omnium agẽdarum quæ magno animo conatúque instituuntur, acriora sint, eoque validiora

initia

initia, finis verò aut minùs diligens aut planè incuriosus. At vix operi manũ admouerã, cũ animaduerti q̃ foret laboriosum, quod tamẽ vtiq; præstandum erat, adeò diligẽter ad Principia singula referre leges omnes quarũ interpretatio ex iis ipsis penderet, vt nihil penitus esset in Pandectis, nihil in Codice, nihil deniq; in Nouellis quod vel prætermissum, vel neglectũ videri posset: cùm eueniat plerumque vt leges etiam sub remotissimis titulis nec peregrino loco constitutæ, ex iis tamen Principiis explicari debeant quæ sub alio Titulo & collocata sint & collocanda. Inde nouũ consiliũ solo ausu planè temerarium, si non excusaret temeritatẽ necessitas, quasi per digressionẽ & ἐπίσσοδον Rationalia *instituẽdi, vt vniuerso iuris corpore nõ solùm lecto, relectoq́; sed etiã accuratè satis ac diligenter explicato, facile esset vniuersa iuris Principia colligere primũ, deinde suo ordine disponere quæ ex dubitandi, decidendiq́; rationibus elicerentur. Quamquã autẽ instituti ratio suadebat vt non priùs de Iurisprudentiæ scientia vel absoluẽda vel edenda cogitarẽ, quàm Rationalia peregissem, Perculit tamen animũ quẽ omnino deijcere non potuit, tanti laboris suscepti magnitudo, Non equidẽ ne in eo quod cœpissem absoluendo perstarẽ [sum enim vt vides, mi Lector, in scribendi, & maxima quaque audendi proposito constantissimè retinẽdo pertinacior sanè quàm oporteret] Sed vt post editam primam Rationalium partem, dum secundam paro, Audirem quid iuris studiosi omnes, quid docti præcipuè de consilij nostri nouitate sentirent, quid à nobis aut aliud aut maius cuperent, quid denique expectarent. Primùm vt quoniam*

Vitæ summa breuis me spem vetat inchoare longam

nec aut ætatis meæ iam ingrauescentis, aut labantis valetudinis ratio patitur, vt operis vtriusq; absoluendi spẽ vel animi sola cogitatione ausim præcipere, deliberandi materia ex ambiguitate omnibus nasceretur, in vtrã partẽ procliuior esse deberẽ. an vt Rationalia, an vt Iurisprudentiã potiùs absoluerẽ, Id est, An vt leges singulas sub suis Titulis, quod fit in Rationalibus, An vt potiùs sub suis quasque Principiis, quod hæc nostra præstat Iurisprudentia, ex-

plicarē. Deinde vt si quid humani inter deliberandū, aut ante alterutrū opus absolutū accideret, haberent studiosi qualecūque hoc ingenij & instituti nostri monumentū, cuius imitatione moueri aliquando quis posset, vt in reliquos Institutionū libros idipsum praestaret faciliùs, quod nos audacter fortasse magis quàm feliciter in primū facere tentassemus. Nec enim dissimulare possim quàm fuerit mihi permolestū futurū si tot meae periissent lucubrationes. Minùs quidem laudis habiturae quàm si opus integrū, & vndequaq; absolutū ederetur, Sed tamen non indignae prorsus quas auidis oculis manibusq; excipias, quisquis es, qui caetera quae nos ante hūc diem scripsimus, aliquid esse arbitraris. Nā praeter methodi nouitatē illā per se amabilē, multarū & legū emendationem, & materiarū explicationē continent, Integros etiam aliquos tractatus, quales praecipui ac propemodū absolutissimi occurrent tres illi De nuptiis, De adoptionibus, De tutelis. Ex quibus possis statim coniicere quàm vtile opus tuisq; studiis cōmodum futurum esset si quādo tibi mihiq; indulgeret Deus Opt. Max. vt videre posses absolutū. Statueram praeterea, ne quid te consilij mei lateat, post allatas explanatásq; illationes & consequentias ad Principia singula etiā confutationes adferre omniū eorum quae aduersus Principia huiusmodi ab interpretibus disputantur: quod quemadmodū dubitari non potest quin verissima sint quaecunque cū Principiis nostris cōsentiunt, ita nec quin falsa sint omnia quae ab iis dissentiūt. Neque certè pars illa operis minùs vtilis fore videbatur, cùm grauiores sint, multoq; periculosiores errores qui peruicaci adseueratione mendacij, quàm qui sola veritatis ignoratione inducuntur. Enimuerò quod fuisset mihi difficile, nec tamē iniucūdū praestare in prudentū respōsis & rescriptis Imperatorū, multo fuisset molestius exequi in Bartoli & aliorum Commentariis, tantóque laboriosius quanto plura sunt, quae apud eos falsa, quàm quae vera. Igitur cōfutationes tantùm aliquas, eásque in operis initio ipso addidi vt instituti mei specimen quoddam exhiberem ac veluti delinearem potius quàm vt rem ipsam praestarem. Quis enim scribendi & cōfutandi

futandi finis esset, si errores omnes ac singulos interpretum sigillatim atque ex ordine persequi vellet, qui posset? Erit longè facilius, vbi omnia iuris Principia ex libris prudentum hauseris quid in Bartolo verum, quídve falsum sit statim ex sola Principiorũ applicatione agnoscere, Dummodò eam semper obseruationem tenendã esse memineris, vt de quacunque re interrogatus cõtinuò Principium inquiras diligenter, inuentumq́ ad propositam quæstionẽ bene applices, quorum alterum scientiæ opus est, alterũ prudentiæ. Deniq́ cùm boni Doctoris munus & officium illud sit si Aristoteli credimus, vt non tam scientiam doceat, quàm sciendi modum, Putauimus Tomum hunc primum ex quatuor sufficere in eã rem posse, vt si non scientiam ipsam totã, sciendi saltem, hoc est docendi discendiq́ methodum & didicisse & docuisse crederemur. Cur autem Papinianeæ Iurisprudentiæ scientiam inscripserimus, si fortè miraris, & superbius tibi nomen videtur, quàm vt vsurpari à nobis debuerit, Causa hæc est. quòd non aliter Iurisprudentiam, aut à Papiniano didiscitã fuisse possum credere, aut à Iuliano vel Sabino cæterísque non tam præceptoribus, quàm authoribus iuris edoctam. Inscripsissem libentissimè de meo nomine Fabrianã si non à me iam superiore anno habuisses Codicem de meo nomine Fabrianum. Quamquam vereri non debui vt displiceret cognomen ei cui nomen Fabri placeret. Vtcumque sit hoc scito, tibiq́ persuade, mi Lector, nihil me aut melius habuisse aut præstantius quo assiduum, constánsque meum de te tuísque studiis bene merendi studium profiterer. Tuum erit aut inuentis nostris addere quod erit promptius, Aut quod tibi gloriosius, mihi optatius, meliora inuenire. Vnicum enim ambitionis meæ votum est, non vt maiorem mihi famam comparem, qui sat scio de tuenda potiùs tantùm ea cogitare me debere, quam priores vigiliæ nostræ, nobis quantulacũque illa sit, pepererunt, & quam superare velle periculosum fore video, sustinere verò etiam difficile, Sed vt tibi, vt posteris, vt meæ denique Iurisprudentiæ consulam, cuius dignitati ac splendori voueo libentissimè, vouebóque in perpetuum quicquid laborum meorum

est, eritque vt post cineres quoque meos, si eo vsque protendi nominis mei memoria poterit,

Me vixisse sciat, quisquis studuisse videbit.

Bene vale mi Lector, & qui Iurisprudentiam nostram sic amas, vt etiam Fabrum tuum ames propter Iurisprudentiam, Ama vno verbo Iuris-Fabrianam quoque si qua est, scientiam. Iterum vale & fruere. ac Deo opt. Max. si quid nostrum est quod tibi commodare possit, gratias habe, non mihi.

In Iurisprudentiæ Papinianeæ scientiam
ad Papinianum.

Vera, vetúsque fuit Iurisprudentia *quondam,*
Quæ placuit viuo, Papiniane, tibi:
Vera eadem simul atque vetus non desiit esse,
Cùm cœpit vulgo falsa placere magis:
Nulla tamen nisi stulta dein, Nec tempore ab illo
Visi qui scirent, se nisi scire nihil.
Inde suum amisit veneranda Scientia nomen,
Cúmque suo proprium nomine, spreta, decus.
Quis poterat miseris adeò succurrere rebus?
Qui par, sed quis erit? Papiniane, tibi.
Præstitit at Faber ille tuus, quo doctior alter
Iudice te nequeat vice docere tua:
Quin patere vt maior per te sit gloria Fabro:
Vnum nam Fabrum tu facis, ille Fabros,
Quos dabit esse breui totidem tibi Papinianos:
Tu sine Fabro vnus, Papiniane, fores.

A. F. F.

In nomen authoris *ἀνάγραμμα.* ANTONIVS FABER I.C.
Ius fabricat omne. Ad Lectorem.

En tibi Doctorum Iurisprudentia tota
Quæ nasci à tanto Præside digna fuit,
Qui libros liberis miscens, Ius fabricat omne,
Quod natura dedit, lex quoque quæque tulit:
Sic Faber hic sterili, fœcundus parturit æuo,
Sic Ius stans cunctis nascitur omne viris.

Virtute tutus. C.D.

TIT. I. DE



TIT. I.
DE IVSTITIA ET IVRE.

PRINCIPIVM I.

Etymologia iuris.



IVS à *iustitia est appellatum l.1.in princ.D.hoc tit.* Ius, inquam, cui operam dant qui iurisprudentiam profitentur, & à quo ipsa etiã iurisprudentia appellatur, quódque Vlp. noster diffinit esse artem boni & ęqui. Alioquin si *ius* intelligas id ipsum quod bonum & ęquum est, aut vt generaliùs loquar, legibus consentaneum, non ius à iustitia est appellatum, sed iustitia potiùs à iure, si vera est iustitiæ diffinitio à Iustin. tradita initio huius tituli, in illis verbis *ius suum cuique tribuendi.* In summa, potest *ius* considerari dupliciter, In abstracto, vt ita dicam, quatenus causa est iustitiæ, In concreto quatenus est effectus iustitiæ, siue accipiatur pro ea ipsa re quæ iusta est, siue pro arte & scientia quæ doceat facere iusta. Concreta autem denominationẽ sumunt ab abstractis, non abstracta à cõcretis. *l.1.§.1.D.de pact.* vbi non dissimiliter idem Vlp. pactum à pactione dictum scribit. L.1.D.de iust. & iure.

Interdum *ius* etiam accipitur pro eo loco in quo ius redditur *l.penult. ad fin.D. hoc tit.* Quò pertinent Tituli *De in ius vocando, Si quis in ius vocat. non ier. In ius vocat. vt eant, Ne quis eum, qui in ius vocab. vi eximat. l. 4. §. vlt. & tot.tit. De interrog. in iur. faciend.* Nonnunquam ius etiam dicimus pro necessitudine, vt *ius cognationis vel adfinitatis l.vlt. D. hoc tit.* Est igitur *iuris* nomen æquiuocum. Sed in hoc principio primo accipitur in concreto pro effectu iustitiæ, & tam pro re ipsa quæ iusta est, quàm pro arte ipsa boni & æqui. Debuerat tamen à Iustiniano itémque ab Vlp. distingui priùs quàm diffiniri, vt cætera æquiuoca omnia ex regula philosophorum. L.pen.eod. L.vlt.eod.

ILLATIO I.

De praeceptis iuris.

EX hoc principio illud primùm fit quod Vlp. scribit *in l.iustitia* 10.*D.hoc tit.* iuris præcepta hæc esse, Honestè viuere, Alterum non lædere, Ius suũ cuique tribuere. Tria enim hæc sunt circa quæ omnis iustitia tam ciuilis & politica, quàm moralis versatur, vt pluribus tractat Aristot. lib. 5. Ethic. Indéque petenda est ratio *tit.D.quod quisque iur. in alium stat. l. cùm hereditas* 59.*De admin.tutor.* Itémque ratio eius quod dici solet, Ea quæ facta lædunt pietatem, existimationem & verecundiam nostram, & vt generaliter dicam L. iustitia 10.eod. Tit. quod quisque iur.

quæ contra bonos mores & publicam honestatem fiunt, ea nec facere nos posse credi, vt eleganter Papin. scribit *in l. filius 15. D. de condic. instit.* Facit *l. annus 79. §. 1. D de iur. dot.* Nec rursus quicquam videri interesse si ex non honesta causa intersit *l. eum is 11. D de furt. l. si venditor 6. §. vlt. vers. cæterum D. de seru. export. l. si extraneus 33. D de iur. dot.* Denique neminem ex improbitate sua consequi debere actionem *l. itaque 12. §. 1. De furt. l. si plures 38. §. vlt. D. de admin. tut.* Iunge quæ scripsi *Princ. 4. in fin infr. eod.*

ILLATIO II.

De iure iniquo.

L. pen. D. hoc tit. L. seruo 65. §. cùm prætor D. ad SC. Trebel. L. res iudicata 207. de reg. iur.

SEcundò ex eodem principio fit, vt *ius* dici non possit quod iniustum & iniquum est. Nam si ius à iustitia est appellatum prorsus consequens est vt vbi non est iustitia ibi nec ius sit. Nec est contrarium quod Paulus scribit in *l. pen hoc tit.* prætorem dici ius reddere tum etiam cùm iniquè decernit. Id enim dicimus relatione facta non ad illud quod ita prætor fecit, sed ad id quod prætorem facere conuenit, vt ibidem Paulus subiungit. Cui non est dissimile quod Mæcianus ait in *l. seruo 65. §. cùm prætor D. ad SC. Trebell.* cùm prætor causa cognita per errorem vel etiam ambitiosè iubet hereditatem restitui, publicè interesse vt restituatur, propter rerum iudicatarum autoritatem. Rerum namque iudicatarum autoritas non pendet ex iustitia iudicati, sed ex autoritate iudicantis, qui porrò iudicandi authoritatem à lege habet non vt hoc vel illud statuat, sed vt rectè iustéque iudicet, & ex iuris arte. Itaque cùm dicimus rem iudicatam ius facere & pro veritate accipi *l. ingenuum 25. De stat. hom l. res iudicata 207. De regul. iur.* non tam ad id respicimus quod iudicatum est, quàm ad id quod iudicandum fuit, quia fieri amplius nequit vt aliter & meliùs iudicetur, cùm iudex posteaquàm sentẽtiam dixit siue bene siue malè officio semel functus sit *l. iudex posteaquam 55. D. de re iudic.* Sic dicimus non tam spectandum esse quid Romæ fiat, quàm quid fieri debeat *l. sed licet 12. D. de offic. præsid.*

ILLATIO III.

De iure semper æstimando ex ratione.

TErtiò ex eodem principio fit, vt *ius* æstimandum semper sit ex ratione, ita vbi ratio non est ibi nec ius sit, cùm iustitia sit animi habitus & quidem bonus, qualis esse non potest nisi quatenus ratione perficitur. Et quemadmodum nemo dixerit iustitiam esse sine ratione, ita nec ius sine ratione esse potest. Vnde est quod bruta animantia quia sunt rationis expertia, non solùm iuris incapacia sint, sed etiam iniuriæ. Ideóque cùm damnum dant non iniuriam facere dicuntur sed pauperiem *l. 1. & tot. tit. Si quadrup. pauper. feciss. dicat.* Inde etiam, quod pupillus, demens, furiosus & cæteræ si quæ sunt huiusmodi personæ quæ rationis vsum non habent, non obligantur sine tutoris aut curatoris autoritate ne quidem iure naturali *l. pupillus 59. D. de oblig. & act.* nisi cùm ex re ipsa actio venit *l. furiosus 46. eo. l. si debitor 16. D. de doli except.* quia obligatio est iuris vinculum *l. nihil aliud 51. eod. & infr. Tit. De oblig. in princip.* Ratio autem non patitur, vt quis obligetur qui ratione ipse non vtatur. Inde quòd ea quę non ratione, sed errore primùm introducta, deinde consuetu-

L. 1. si quadr. paup. feciss. dicat.

L. pupillus 59. De oblig. & action.

consuetudine obtenta sunt in similibus causis non obtinent *l. quod nõ ratione 39. D. de legi.* quia scilicet ius nõ faciunt. Denique inde est, quod si quid non tam certa ratione quàm ex occasione fiat, id non iure fieri dicatur *l. 2. D. de riuis.* E contrario vbi eadem ratio est ibi & idem ius *l. illud 32. D. ad l. Aquil. L. 3. §. vnde etiam de iniust. rupt.*

L. quod non ratione 39. D. de legib. L. 2. D. de riuis.

CONFVTATIO I.

De communi errore an ius faciat.

COntra hoc principium pugnat quod vulgo interpretibus placet ad *l. Barbarius 3. D. de offic. pretor.* Communem errorem ius facere. Quid enim iam contrarium rationi, quàm error? *d. l. quod non ratione.* Quid tam alienum à iustitia? Nam si iustitia est constans, & perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi *d. l. iustitia 10. hoc tit.* constat errantis nullam esse voluntatẽ, nullũ consensum *l. si per errorẽ 15. D. de iurisdi.* Neque verò in specie *d. l. 3.* cõmunis error ius facit sed publica vtilitas, neq; in specie *l. 3. §. vlt. De supel. legat.* sed volũtas testatoris collecta ex ipsius loquendi consuetudine quãuis erronea, Tametsi verba illa vltima *& error ius facit* quæ multis nec immeritò suspecta sunt, quasi sint imperiti interpretis, putantis fortasse ex eo textu probari communem illum interpretum errorem, quòd communis error ius faciat, videntur mihi posse commodè sic accipi, vt Paulus pro mirabili & absurdo habeat potiùs quàm pro vero quod ait in *d. §. propter vsum imperitorum* (sic enim legendum est non vt ridiculè Accursius, imperatorum) recedi à propria significatione verborũ, vt proinde error ius faciat, quod adhuc est absurdius. Nam idem Paulus cuius ea lex est non dissimili locutione vtitur in *l. debitor 59. in fine princ. D. ad SC. Trebell.* Nec denique in specie *l. 3. in princip. D. de SC. Maced.* communis error ius facit, sed bona fides creditoris cui nihil potest imputari si cum eo contraxerit, qui communi hominum existimatione paterfamilias credebatur, licèt re vera esset filiusfamilias. Et ob id nimirum si ponas creditorem hunc sciuisse quod alij ignorabant, dubitandum non erit, quin ei obstaturum sit senatusconsultum Macedonianum. Facit *l. 7. §. 8. & l. pen. D. eod. l. quid sit 17. §. apud Labeonem de ædil. edict. l. si quis 17. §. si impubes de instit. act. l. fugitiuus 19 de solut. l. 4. C. de incest. nupt. l. 7. §. 2. de publicia.* Denique omnes ij loci loquũtur de errore facti nõ iuris. Porrò cùm ex facto ius oriatur, nec nouum nec mirum est errorem facti si sit iustus aut probabilis inducere iuris diuersitatem tam superioribus casibus quàm aliis similibus plerisque.

L. illud 32. ad leg. Aquil. L. Barbarius 3. D. de offic. prator. L. 3. D. de supell. legat. L. 3. in prin. ad SC. Maced.

CONFVTATIO II.

De consuetudine iniusta.

PVgnat etiam contra hoc principiũ, quod plerisque casibus placet interpretibus, valere cõsuetudines contra rectã necessariámque iuris rationẽ siue interpretum errore, siue quo alio prætextu introductas. Etsi enim consuetudinis vsúsque longæui non vilis est autoritas, non tamen vsque adeò sui valere potest momento vt aut rationem vincat, aut legem *l. 2. C. quæ sit long. consuet.* Nihil siquidem aliud est consuetudo, quàm ius non scriptum *l. de quibus 32. cum seqq. D. de legib.* ac proinde non potest valere si rationi iuris

L. 2. C. quæ sit long. consuet.

ex diametro repugnet, nisi publica vtilitate nitatur, quę præcipua semper ratio est & propter quam multa passim iure singulari recepta sunt contra ius commune *l. ita vulneratus 51. §. vlt. D. ad leg. Aquil.* Quò pertinet *l. in his 15. cum l. seq. D. de legib.*

l. in his 15. cum seq. D. de legib.

CONFVTATIO III.

De iuris substantia an opinione consistat an re.

L. 2. l. regula 9. §. sed iuris D. de iur. & fact. ignor.

PVgnat quoque cum hoc principio quod plerique putant, *ius* opinione magis quàm re ipsa consistere. De quo pluribus Francisc. Connan. *lib. 1. Comment. iur. ciuil. cap. 1.* Nam cùm ius æstimetur ex ratione, non magis fieri potest vt ius opinione tantùm sit quàm vt ratio nulla sit nisi opinione. Quod siquis diceret, eum fateri necesse esset ne quidem hominem vllum esse nisi opinione, cùm hominis differentia essentialis ex eo sumatur quòd sit rationis particeps. Nec ad rem pertinet quod in recta veráque cuiuslibet rei ratione inuestiganda toties & tantopere homines dissentiant propter naturalem hominum ad dissentiendum facilitatem *l. item si vnus 17. §. principaliter De recept. qui arbitr.* Id enim fit ignoratione veri iuris quod tamen non eo minùs in se certum est quamuis ignoretur ab imperitis *l. 2. l. regula. 9. §. sed iuris D. de iur. & fact. ignor.* Denique huc pertinet quod Pap. scribit *in l. ordine 15. D. ad municip.* facti quidem quæstionem in potestate iudicantium esse, At iuris autoritatem non esse. Facit *l. 1. §. 1. vers. quorum alterutrum D. ad SC. Turpill. l. si qua pœna 244. in fin. De verb. signific.*

L. ordine 15. D. ad municip.

PRINCIPIVM II.

Definitio iuris.

L. 1. D. hoc tit.

IVs est ars boni & æqui, vt ex Celso eleganter Vlp. diffinit *in d. l. 1. hoc tit.* Nam cùm à iustitia sit appellatum vt proximo principio diximus, iustitia esse non potest, quæ à bono & æquo abhorreat. Iustus enim ille est, vt Poeta dicebat,

—iusto trutina qui examine pensat
Ne quid hiet, ne quid protuberet, angulus æquis
Partibus vt coeat, nihil vt deliret amussis.

ILLATIO I.

De æquitate & bona fide.

EX hoc principio primùm illud fit vt *ius* dici non possit quod est iniquũ, licèt alioqui summa stricti iuris ratione constituatur. Id enim est quod vulgo iactari solet *Summum ius, summa iniuria, Summũ ius, summa crux.* Quod Celsus adolescens sic efferebat vt diceret in quæstionibus quæ sunt de bono & æquo plerumque sub autoritate iuris scientiæ perniciosè errari *l. si seruum 91. §. sequitur De verb. obligat.* Quo etiam illud vulgare dictum pertinet *Ipsæ etiam leges cupiunt vt iure regantur*, id est æquitate, quæ iuris regula est veluti Lesbia, quæ nunc erecta est si paries sit planus, nunc obliqua si murus sit asper, vt eleganter Arist. tractat lib. 5. ethi. Hinc illa iuris regula, In omnibus quidem sed maximè tamen in iure æquitatem spectandam esse *l. in omnibus*

L. si seruum 91. §. sequitur De ver. obligat.

omnibus 90. *De reg. iur.* id est præferendam summo & stricto iuri *l. placuit* 8. *C. de iudic.* Nam summo & stricto iuri opponitur æquitas: Imò & interdum iuri simpliciter, *l.* 25. *De legib. l.* 52. *§. vlt. De pact.* quia ius simpliciter cùm dicimus strictum intelligimus *l.* 1. *C. de legib. l. vnic. C. de prohib. sequestr. pecun. l.* 2. *§. item Varus in fin. D. de aqua & aqua pluu. arcend.* Non quia strictum sit nobilius aut potentius bono & æquo cui vt dixi postponitur, sed quoniam strictum semper certum & idem est, cùm ex scripto æstimetur, aut ex interpretatione quę subtiliter & necessariò ex scripto inducatur *l. prospexit* 12. *D. qui & à quib. manu.* At è cõtrario æquitas in genere nulla est, cùm pro personarum, rerum, locorum & temporum differentiis varietur. Ob idque de iis quæ in sola æquitate consistunt dicimus neque in perpetuum, neque generaliter definiri quicquam posse *l. de accessionibus* 14. *De diuers. temp. præs. l. mora* 32. *in princip. de vsur.* vt nec de cæteris quæ in facto magis quàm in iure consistunt *d. l. mora l.* 3. *§. eiusdē D. de testi. l. si ex plagis* 52. *§. in cliuo D. ad leg. Aquil. l.* 1. *§. Diuus ad leg. Cor. de sicar.* Deniq; placet diffinitio illa ęquitatis vt sit legis scriptæ æquamentũ ad hominum vtilitatem reductum, vel non scriptæ legis supplementum. Gothof. *ad d. l.* 90. *De regu. iur.* Quare mirũ non est Æquitatē & iustitiam pro synonimis accipi in *d. l. placuit*, & à Cicerone *verum ius* dici *germanámque iustitiam*, quomodo & naturalis iustitia dicitur in *l. scire* 13. *§. sufficit in fin. De excus. tut. l.* 3. *C. de admin. tut.* & bona fides quatenus opponitur apicibus iuris *in l. si fideiussor* 29. *§. quædam D. mandat.* Aliud enim reuera est bona fides, aliud æquitas vt vel ex eo apparet quod scriptũ est *in l. bona fides* 31. *D. depos.* bonam fidem desiderare summam æquitatem. Sed & interdum bona fides æquitati opponitur vt in eleganti specie *d. l.* 31. *versic. incurrit.* Nam bona fides ex eo potissimum æstimatur vt quod promissum est seruetur *d. §. incurrit vers. hac est bona fides l.* 1. *§. pen. naut. caup. stabul. l.* 1. *De const. pecun.* At æquitas ex totius causæ qualitate & constitutione æstimanda est *d. §. incurrit*, vbi eleganter Thryphoninus addit, hanc se in summa probare veram iustitiam quæ suum vnicuique ita tribuat vt non distrahatur ab vllius personæ iustiore repetitione. Est enim hoc proprium æquitatis vt suum vnicuique tribuat, nec alterum, cum alterius detrimento locupletiorem fieri patiatur *l. nam hoc natura* 14. *D. de cond. indeb.* Denique vt non tantùm iusta facere doceat, sed etiam iustè quod præcipuum est vt iustus quis videri possit.

L. in omnibus 90. de reg. iur. l. placuit 8 C. de indic.

L. bona fides. 31. D. deposit.

ILLATIO II.

De æquitate ante oculos habenda.

SEcundò ex hoc eodem principio fit vt æquitatem ante oculos habere semper iudex debeat *l.* 4. *in fin. D. de eo quod cert. loc. l. vbicumque penult. D. de interr. in iur. faciend.* potiùs quàm nimiam iuris scrupulositatem & subtilitatem, aut vt testator ille loquitur apud Scæuolam *in l. pen. §. vlt. de leg.* 2. nimiã miserámque iuris diligentiam. Idémque in Principe obtinet, vt studio æquitatis omnia facere debeat *l. vt liberis* 17. *C. de collat.* & ad æquitatis rationem omnia corrigere *l. properandum* 13. *§. & hæc de alterutra C. de iudic. l. Titius* 54. *l. qui filiam* 74. *§. vlt. ad Trebell.* Itémque in omnibus legum conditoribus, vt æquitatis debeant esse fautores. *l. hac lege* 8. *C. de pact. conuen. tam sup. dot.* Æquitatem verò ante oculos habere nihil aliud est quàm ex perso-

L. 4. in fin. De eo quod cert. loc.

narum qualitate, ex causa, ex tempore & ex bona fide rē æstimare *l. & si quis 14. §. hæc actio De relig. & sumpt. funer.* Nimirū quoties talis casus emergit qui æquitatis interpretationem recipiat. Alioqui si lex de eo casu ita scripta sit, vt æquitatis rationi prorsus aduersetur, nec possit iudex æquitatem sequi quin legem offendat, omnimodo lex quamuis dura seruanda est *d. l. prospexit 12. D. qui & à quib. manum.* Nihil enim periculosius dici potest & perniciosius, quàm si iudici cuilibet liceat æquitatem pro arbitrio sibi fingere, & legibus illudere prætextu huius æquitatis quam ideo non malè cerebrinam quidam vocarunt. Quid ergo? Ambiguas atque legum diuersis interpretationibus titubantes causas benignè, atque naturalis iuris moderamine temperare bonus iudex debet vt loquuntur Imperatores *in l. non sine ratione 5. C. de bon. quæ liber.* Idque demum est æquitatem sequi. Nam legem duram corrigere ex æquitate Principis est *l. 1. C. de legib.* Neque est contrarium quod iudiciorum alia bonæ fidei, alia stricti iuris appellamus, quorum illa præcipuè differentia est ex qua cæteræ omnes dependent, quòd in iudiciis bonæ fidei permittitur iudici ex bono & æquo iudicare non etiam in strictis quæ ideo nimirū stricta dicuntur, quia in iis non liceat iudici dato ne latum quidem vnguem à formula sibi præscripta recedere *§. in bonæ fidei instr. De action.* Descendit enim illa differentia ex natura negotiorum quæ non patitur vt æquum videri possit quod à stricto conuentionis & obligationis iure abhorreat, vt in stipulatione mutuo & similibus *l. quicquid adstringendæ 99. De ver. obligat.* Quemadmodum ex contrario in bonæ fidei iudiciis euenit, vt quamuis commune illud sit omnium quod in iis æquitatem præcipuè sequi & spectare iudex debet, in quibusdam tamen æquitatem largius æstimare debeat, quàm in aliis & solutiùs, Ita scilicet indulgente ipsa actionis natura vt Vlp. loquitur *in d. l. & si quis 14. §. idem Labeo ait 13. De relig. & sumpt. funer.* Negotiorum enim alia sunt bonæ fidei, alia non *l. in omnibus negotiis 57. De oblig. & act.*

L. prospexit 12. D. qui & à quib. manum.

L. 1. C. de legib.

§ in bonæ fidei De action.

L. in omnibus negotiis 57. D. de oblig. & act.

ILLATIO III.

De vtilibus actionibus.

TErtiò ex hoc eodē principio illud fit, vt plerisq; casibus deficiente iure actionis directæ necesse sit induci vtilem actionem. Omnes enim vtiles actiones inducuntur ex æquitate, nec contra ius, quod notandum est, sed præter ius, id est deficiente iure *l. si res tuas 8. C. ad exhib. l. 1. & 2. C. de oblig. & act. l. pen. D. de tutel. & ration. distr.* Aliud siquidem est fieri quid contra ius aut contra leges, aliud fieri præter ius & præter leges *l. necnon 28. §. quoad eius D. ex quib. caus. maior.* Tantæ autem potestatis sunt vtiles actiones vt eundem effectum habeant quem directæ, nec quicquam intersit quod ad effectum an quis directa an vtili actione conueniatur *l. actio 47. De negot. gest.* Imò si habēs directam actionem concurrat cum habente vtilem præferendus est is qui vtilem habet *l. procuratore 55. D. de procur.* iunct. *l. si procuratori 79. De verb. obligat.* Non alia ratione quàm quod æquitas ex qua nascitur actio vtilis præferenda sit summo iuri ex quo directa æstimatur. Nam eorum omnium quorum causa nobilior est, nobiliorem quoque & potentiorem effectum esse conuenit. Inde etiam est quod actiones istæ vtiles competunt sine cessione, quia non facto aut voluntate alterius, sed sola iuris potestate ob æquitatem indu-

L. si res tuas 8. C. ad exhib. l. 1. & 2. C. de oblig. & act. l. pē. De tutel. & ratio. distr.

L. procuratore 55. D. de procurat. l. si procuratori 79. De ver. oblig.

inducuntur, puta si nomen legatum sit *l. ex legato* 18. *C. de legat.* aut in dotem datum *d. l. 2. C. de oblig. & act.* aut in solutum *l. vlt. C. quād. fisc. vel priuat.* vel vēditum *l postquam* 7. *C. de hered. vel act. vend.* vel cum hereditate vendita translatum *l. emptor.* 5. *eod.* vel deniq; si pensio sit vendita *l. cùm conuenit* 20. *D. de pignor.* Nam cùm æquitas ipsa nihil aliud sit quàm ius verum & præcipuum, vt diximus, quid opus est facto hominis vt actio vtilis inducatur? Cōstat siquidem actiones omnes induci sola iuris potestate in eóque differre ab obligationibus quas necesse est proficisci ex aliquo hominis facto, cùm descendāt omnes ex contractu vel quasi aut ex delicto vel quasi, vt dicemus *ad tit. De obligat. & ad tit. De action.* facit *l. quia* 11. *de præs. verb.*

ILLATIO IIII.

De inductis ex æquitate contra iuris rigorem ob publicam vtilitatem.

QVartò ex eodē principio fit, quod Iulianus scribit *in l. ita vulneratus* 15. *§. vlt. D. ad leg. Aquil.* multa iure ciuili contra rationem disputandi pro communi & publica vtilitate recepta esse, idque innumerabilibus exemplis probari posse, ex quibus non pauca ad eum locum cōgerit Gothofredus. Æquitatem enim semper æstimat ciuilis legislator ex populi sui vtilitate, legem illam primam duodecim tabularum semper & sine vlla exceptione ante oculos habens, *Salus populi suprema lex esto.* Vnde etiam fit vt ea præcipua & summa ratio esse existimetur quæ pro religione facit, vt eleganter Papin. ait in l. *sunt personæ* 43. *De relig. & sumpt. funer.* propterea quòd nihil æquè ad populi salutem pertineat quā quod ad religionis causam & dignitatem pertinet, cùm vt Optatus Mileuitanus dicebat, & religionem in republica & rempublicam in religione esse oporteat. Hinc tot priuilegia dotium, militū, creditorum prælationis ius habentium, & aliarum huiusmodi personarum, quarum causa publicæ vtilitatis causam adnexam habere intelligitur *l. 1. D. solut. matr. l. interest enim* 18. *de reb. autor. iudic. possid. aliàs l. 3. De priuileg. credit.* Inde, quod leges publicè vtiles sunt adiuuandæ interpretatione *l. hoc modo* 64. *De condic. & demonst.* quæ contrà inutiles sunt, aut tollendæ prorsus aut restringendæ. *l. 2. & vlt. C. de indict. viduit. & leg. Iul. Miscell. tollen.* Inde quòd in testamentis & aliis vltimis voluntatibus plenior fit interpretatio *l. in testamentis* 12. *De regul. iur.* quia publicè expedit suprema hominum iudicia exitū habere *l. vel negare* 5. *D. testam. quemadm. aper. l. 1. C. de sacros. eccles.* Denique ne singula percurramus ad hoc principium referenda sunt quæcumque in libris nostris legimus contra iuris rationem constituta esse propter publicam vtilitatem. Nunquam enim publicæ vtilitatis fauorem pro ratione prudentes adferunt, nisi cùm stricti iuris ratio repugnat, quia nec vnquam fieri potest vt quod publicè vtile est, idipsum etiam æquum non existimetur. Vtilitas pro ratione est *l. ius singulare* 16. *cum præced. D. de legib.*

L. ita vulneratus 51. *§. vlt. D. ad leg. Aquil.*

De æquitate verborum, vt vocant.

APparet autem ex superioribus, Principium hoc de illa æquitate intelligendum esse quæ iuris scripti duritiem & asperitatem habita circunstātiarum ratione mitigat, quæ iuris scripti præduram & ab humanitatis re-

gula alienam interpretationem non admittit, quæ tota posita est in religione iudicantis, vt loquitur *l. quæsitum* 13. *D. de testib.* quæ subtilitati verborum repugnat *l. si tibi* 20. *in fin. D de reb. credit.* Quæ in summa opponitur stricto & summo iuri vt homini barbaro politicus & humanus, vt spiritus literæ, inquit Gothofred. *ad d. l. placuit* 8. *C. de iudic.* Denique de ea iuris æquitate quæ ipsa ius est, non merum sed verum. Sunt qui notent aliam quandam esse æquitatem quæ dicatur *verborum* de qua *in l. 4. C. de obseq. patr. præst.* quę nihil nisi verborũ modestiam significat cùm id agitur vt quod alioqui per se durum & asperum est leniore & mitiore verbo exprimatur, vt si quis patrono & manumissori suo pro vi & audacia abiiciat impatientiam *d. l.* 4. Si maritus vel eius heres ei quæ vxor fuit furtum obiiciat, & res dicat amotas non furto subtractas *l. 1. 2. 3 & pass. D. rer. amot.* Si denique filius contra patrem aut libertus contra patronũ ob ipsius dolum agere velit. Non enim de dolo actionem habet sed in factum verbis temperandam ita vt bonæ fidei mentio fiat, quomodo Vlp. loquitur *in l. non debet* 11. *in fin. D. de dolo.* Sed non benè probatur hæc verborum æquitas ex *d. l.* 4. in qua scilicet agitur de atrocitate verborũ, æquitate autẽ petitionis non de verborum æquitate, vt ipsa legis verba probant. Habet tamẽ hęc quoq; verborũ æquitas, quam vocant, suam iuris & æquitatis, vt ita dicam, realis rationem. Quid enim æquius est, quàm sanctum & inuiolatum seruari honorem quẽ filius debet patri à quo vitam, libertus patrono à quo libertatem ipsa etiam vita preciosiorem acceperit? *l. si superstite* 5. *in fin. C. eod. de dolo*, in illis verbis *propter paternam verecundiam. d. l. 4. & tot. tit. C. de obseq. patr. præst. l. 2. 5. & seqq. D. eod. l. 2. 3. & 4. C. de libert. & eor. liber. l. vnic. C. de ingrat. liber.* Quid etiam turpius quàm si turpis actio propter furtum daretur marito in eam quæ aliquando vxor fuisset, nec tantùm diuini & humani iuris socia *l. 1. C. de rit. nupt.* sed etiam quod ex illo societatis iure prorsus consequens est, quodammodo domina rerum amotarum *d. l. 1. 2. & 3* in illis verbis *propter reuerẽtiam personarum D. rer. amot. & in l. vlt. ad fin. C. de furt. propter matrimonij pudorem.* Nemo enim nescit verbis quoque iniuriã fieri, adeóque interdum grauiorem quàm rebus & factis ipsis, etsi placet plerisque illud Comici *numquam verbo satisfacies quod re malefeceris.*

Æquitas verborum in l. 4. C. de obseq. patr. præst.

ILLATIO V.

De Iurisprudentia ársne sit an scientia.

QVintò infertur ex hoc eodem principio, Iurisprudentiam propriè nec artem esse nec scientiam, si artem & scientiam accipias eo sensu quo philosophi cùm quærunt An logica, physica, rethorica, & aliæ huiusmodi artes sint an scientiæ. Nam cùm iurisprudentia circa æquitatem potissimum versetur, æquitas autem nullis certis regulis definiri possit, sed pro rerum ac circumstantiarum varietate alia atque alia sit vt supra diximus ex *d. l. de accessionibus* 14. *D. de diuers. temp. præscript.* apparet fieri nullomodo posse vt ius in certam artem redigatur, tantum abest vt quod scientiis omnibus quæ verè scientiæ sunt, proprium est, certis demonstrationibus concludatur. Ideóque nimirum prudentissimè maiores nostri *iurisprudentiam* non *scientiam* simpliciter dixerunt, quoniam in æstimandis rerum omnium quæ vel dicuntur vel aguntur circumstantiis prudentia potissimùm consistit. Ars tamen & scientia quoque dicitur non malè, quoniam habet etiam sua principia

pia ex quibus quid saltē mero & summo iuri consentaneum sit aut contrariū certò sciri potest. Quod summū ius licèt ab ęquitate plerumque abhorreat non semper tamen, Et tùm etiam cùm abhorret, inuestigandum tamen est, vel ob hoc ipsum vt sciri posit an æquitati locus esse debeat necne. Non enim fieri potest vt quid æquum sit sciatur, quin priùs stricti iuris ratio intelligatur, non ob id solùm quòd contrariorum omnium natura illa sit vt vnius cognitio ex alterius cognitione pendeat §. 1. *infr. De his qui sunt sui vel alien. iur. leg. 1. D. eod.* Sed etiam quia iuris principia maiori ex parte naturalem habent & iustitiam & intellectum, ob ídque nec ab æquitate abhorrēt, nec facere possunt aut admittere vt in iis quæ ex eiusmodi principiis pendent, vnquam eueniat quod Symmachus lib. 10. Epistolarum scribit, Causarum siue fortunā siue rationem illam esse persępe vt alius iure superior sit, alius ęquitate. Ex quo intelligimus quàm immeritò & indignè passim hodie Iurisconsulti, ne dicam prudentes, appellentur qui in iuris nostri principiis tam parum sunt versati vt ea ne supremis quidem labris degustasse aut digitis attigisse videātur. Nā si scire leges non est verba earum tenere, sed vim ac potestatem vt Celsus dicebat *in l. scire leges 17. D. legib.* quis posit dicere se vim & potestatem tenere legis cuius ignoret rationem? Aut quænam legis ratio esse potest quæ non ex iuris principiis pendeat? Denique in iurisprudentia nostra non minùs quàm in philosophia verum est quod Aristot. *in lib. De demōstratione* scripsit, Scire nihil aliud esse quàm per causas cognoscere. Cúmque nihil è contrario vel stultius sit, vel miserius quàm quid quisque dixerit quærere & curare, fecit tamen seculi nostri infelicitas & imperitia vt Doctorum nostrorum vulgus laboret duntaxat in eo inuestigando quod ab aliis frequentiore calculo traditum & probatum est, negligat verò scire quid tradendum fuerit & probandum. Adeò vt misero litigatori parū hodie prosit quod pro se habeat expressam Papiniani sentētiā si frequētior imperitorum schola à Papiniano dissentiat: contrà quàm à Iustiniano sancitum sit in constitutione *De concept. Digest. §. sed neque ex multitudine.* Inde est quod si quis leguleios istos vel minimum vrgeat vt siue eorum, quæ summa iuris ratione à prudentibus constituta sunt rationem aliquam reddant, siue etiam errorum quos illi quotidie inuita iurisprudentia in praxim inuehunt, nihil habeant illi in ore frequentius, vt se expediant, quàm vt verbum illud Iuliani vsurpent, Non omnium quæ à maioribus constituta sunt, reddi posse rationem *l non omnium 20. De legibus*, quasi pertineat ea lex ad quaslibet iuris propositiones & sententias, ac non potiùs ad eas duntaxat quæ iuris sunt positiui & constituti, cuius alia nulla ratio est quàm quia sic constitutum fuit, nec tam à prudentibus, id enim est rarius, quàm à Principibus, & aliis qui iuris condendi autoritatem habuerunt, Vt puta si quis quærat, Cur legitima portio quam filio in bonis parentum defunctorum aut parentibus in bonis liberorum deberi placuit, quarta olim fuerit portio successionis ab intestato contingentis, potiùs quàm triens vel semis. Et è contrario cur hodie trientem aut semissem esse pro numero liberorum Iustinianus voluerit *Nouell. 18. De trient. & semiss.* ac non potiùs indistinctè vel trientem vel semissem. Aut, quod videtur esse absurdius, Cur quinque liberis existentibus maior sit singulo-

L. scire leges 17. D. de legib.

L. non omnium 20. De legib.

rum legitima, quàm si quatuor tantùm proponerentur. Habent enim quinque semissem, qui si quatuor tantùm essent, non nisi trientem haberent. Adde *l. cùm ita 94. in princ. & §. 1. De cond. & demonstr.* Iuri positiuo & constituto opponitur commentitiũ, de quo Paulus *in l. si pœna 20. De pœn.* sic dictum non quia sit falsum aut mendax vt quidam falsò & mendaciter comminiscuntur, nec quod sit fictitium vt malè Budæus interpretatus est, sed quia non lege aliqua aut à Principe constitutum sit, sed citra vllam constitutionem ab antiquo tempore receptum, cuius vix est vt non aliqua bona ratio reddi possit, quia nec facilè fit vt quod sine lege recipitur, etiam sine ratione recipiatur. Exemplúmque elegans illud est quod in *d. l. si pœna* proponitur. Nam si pœna alicui irrogata sit, ait Paulus receptum esse commentitio iure, ne ad heredes transeat, subindéque rationem reddit quod in emendationem hominum pœna constituatur, quæ mortuo eo in quem constitui videtur desinit. Húcque referri possunt exempla omnia iuris non scripti & consuetudinarij, licèt plerumque eueniat vt multa non solùm sine ratione, sed etiam contra rationem errore primùm inducta, postea longa & inueterata consuetudine inualescant, in quibus non malè vsurpari possit supradicta Iuliani sententia. Non enim ratio quærenda est eius iuris quod per errorem primùm fuerit inductum, neque tamen eo minùs dici ius potest si à tanto tempore receptum sit; fortassis etiam rebus sæpius iudicatis confirmatum, vt in dubium reuocari non possit, sed quod vnum bono iudici & iurisconsulto quasi solatium superest, id tantum caueri debet ne producatur ad consequentias néve in similibus causis obtineat *l. quod verò 14. l. quod non ratione 39. D. de legibus.* At iuris à prudentibus constituti ratio semper aliqua est, nec aliis quàm imprudentibus & ignaris incognita, adeò vt in hunc vsque diem vix vnum aut alterum exemplum adferre potuerint doctiores *ad d. leg. non omnium.* Inter quos Iacob. Cuia. *lib. 8. obser. cap. 12.* *vnum ex l. liberum 9. D. de relig. & sumpt. funer.* Parum accommodatè vt scripsimus *in Rationalibus ad d. l. non omnium.*

L. si pœna 20. D. de pœn.

ILLATIO VI.

De æquitate cerebrina.

SExtò infertur ex hoc eodem Principio quod in secunda illatione attigimus, non esse cuilibet permittendum vt æquitatem pro arbitrio sibi fingat, sed eam demum æquitatem dicendam esse quæ vel legibus informata sit, vel à principiis iuris minùs abhorreat. Etsi enim verum est, quod proximè disputauimus æquitatem nullis certis regulis concludi posse, Est tamen ars quædam boni & æqui, quæ non patitur æquitatem vagari prorsus in incerto, aut ex cuiusque cerebro pendêre, sed eam semper aliquatenus coniungit cum iure, cuius illa temperamentum est, & quoddam veluti condimentum. Hinc est quod cùm multa iure ciuili constituta essent, quæ certè nimis dura & aspera videbantur, ne dicam apertè iniqua, nec prudentes quantumuis egregij æquitatis magistri & assertores æquitatem illam possent inducere quæ iuri scripto ex diametro repugnaret, necesse fuit Prætoribus permitti vt edictum proponerent, quo tantam

iuris

iuris asperitatem & scrupulositatem vt Papin. loquitur *in l. filio præterito 17. De iniust. rupt.* Corrigerent, temperarent, tametsi non potuerint illi iuris ciuilis autoritatem abrogare. Potuerunt sanè adiuuare & supplere quod postremum nec prudentibus facere licuit, quorum quippe munus fuit ius interpretari non supplere, vt suo loco dicemus. Id verò prætoribus vtrumque permissum est vt supplere ius & corrigere potuerint *propter publicam vtilitatem* vt scribit Papin. *in l ius autem 7. §. ius prætorium D. hoc tit.* quia publicè vtile est vt æquitatis maior quàm summi strictique iuris ratio habeatur. Inde tot prætorum edicta De in integrũ restitutionibus, De bonorũ possessionibus, De collationibus & alia penè innumera ęquitatis potissimùm ratione & veneratione à prudentibus ipsis cõmendata. Cæterũ quod prudentibus non licuit, quomodo tandem aut quo pretextu interpretibus nostris licebit aut iudicibus etiã imperitioribus, vt contra leges disertissimis & apertissimis verbis cõscriptas nouẽ æquitatẽ effingant, quã nec prudẽtes viderint, nec prætores, nec ipsi deniq; Imperatores? Quare nec mirũ est tã sæpe hodiè vsuuenire vt inde tot iniuriæ nascantur vnde iura nasci deberent, dum æquitatis prætextu tã imperitè ius tractatur, vt nulla iã ars boni & æqui esse videatur. Fateor bonum iudicem nimios istos & altiores iuris apices rimari non debere *d. l. ita vulneratus 51. §. vltim. ad leg. Aquil. leg. si fideiussor 29. §. quedam D. mandat.* neque admittere varias subtilitates *leg. sicut 8. §. non videtur in fin. D. quibus mod. pignor. vel hyp. soluit. leg. si imperialis 12. §. 1. C. de legib.* tanquam odiosas & ipsis etiam legibus improbatas *l. cum antiquitas 13. C. de vsufruct. l. sancimus 7. C. ad SC. Trebell. leg. iubemus 6. C. de natur. liber. l. vltim. C. de interdict. matrim. int. pupill. & tutor.* Fateor Iurisconsultum non modò æquitatis fautorem esse debere, vt & omnes legum conditores *leg. hac lege 8. C. de pact. conuent. tam sup. dot.* sed & ita affectum, vt ius augeat quantum potest, quia nec aliter constare ius potest quàm si per iurisperitos quotidie in melius producatur *leg. 2. §. post originem 13. D. de orig. iur.* Sed nego permittendum esse cuilibet vel minimo leguleio vt obtentu æquitatis contra manifestam iuris rationem, & contra leges de iure respondeat, vel pronunciet. Si quando enim talis casus contingat vt lex dura alioquin & iniqua emendanda sit, Princeps consulendus est, ad quem solum pertinet vt inter ius & æquitatem positam differentiam & interpretationem inspiciat *leg. 1. C. de legibus.* Facit *l. leges sacratissimæ 9. l. 11. eod. leg. ordine 15. D. ad municip.* Eòque pertinent tot Imperatorum rescripta quæ nouum ius ex æquitate induxerunt, quod alioqui sola prudentum autoritate induci non potuisset *leg. ex facto 17. leg. mulier 22. §. Brasidas leg. Imperator 50. l. Titius 54. l. qui filium 74. ad SC. Trebell. l. licet 74. l. filiusfamilias 114. §. vt quis heredem de legat. 1. l. vnum ex familia 67. §. vlt. de legat. 2. l. Pamphilo 39. de legat. 3. l. si cui 92 De cond. & demonst. l. 4. De vulgar. & pupill. subst.* aliáque huiusmodi propemodum infinita.

l. ius autem 7. §. ius prætorium hoc tit.

ILLATIO VII.

De officio Iureconsulti vt de iure respondeat non de facto.

SEptimò infertur ex hoc eodem principio Iuris consulti munus & officiũ esse vt de iure tantum non etiam de facto respondeat. *l. idem erit. 16.*

De stat.homin. Quod etsi prudentibus antiquis omnibus commune fuit, Scæuolæ tamen multò familiarius, Cuius elegantissima responsa ferè omnia clausulam illam habebant secundum ea quæ proponerentur vt appareret eum non de facto sed ad factum respondere. Ex facto enim, vt vulgo aiunt, ius oritur *l.vt responsum* 15.*C. de transact.l.si ex plagis* 52.§.1. *ad leg. Aquil.* Quòd si meram facti quæstionem propositam videret, vel nihil aliud respondebat nisi quod *in l.Seia* 20.§.*vlt.de instruct.& instrum.legat.Non de iure quæritur*, vel ita respondebat quasi de iure quāuis apertissimo potiùs quàm de eo quod implicitam haberet facti quæstionem interrogatus videretur vt in *l.à testatore* 109. vbi hac de causa summopere laudatur à Claudio *D.de condic.& demonstra.l.qui Romæ* 122.§.*Agerius De verb .obligat.* quarum legum interpretatio plerisque obscurissima visa est, non alia ratione quàm quia ad hunc Scæuolæ morem prudentissimum non respexerunt. Hinc etiam est quod Vlp.scribit *in leg eum quem temerè* 79.§.1.*De iudic.* iudicibus quidem de iure dubitantibus respondere Præsides solere, sed de facto consulentibus non debere præsides consilium impertire, verùm iubere eos prout religio suggeret, sentētiam proferre. Et ratio huius illationis est, quia cùm ius sit ars, eorū quæ in facto cōsistūt ars nulla esse potest. Quod elegāter Neratius *in l.2.De iu.& fact.ignor.* sic expressit, Ius, inquit, finitū id est certū esse & potest & debet, At facti interpretatio plerūq; etiā prudentissimos fallit, Vnde fit quod eadē lex ait vt in omni parte error in iure non eodē loco quo facti ignorātia haberi debeat. Iuris enim ignorantia non prodest acquirere volētibus ne quidē fœminis, licèt suū petētibus non noceat *l.iuris ignorantia* 7.*& seq.eod.* facti verò ignorantia prodest etiam ad vsucapiendum *l. iuris ignorantiā* 4.*eo.* Iuris error indebiti soluti cōdictionem nō inducit, error facti inducit *leg.cùm quis* 10.*C.eod.* Denique stultus dicitur qui errat in iure *leg. regula* 9.§.*pen.eo.* at non similiter qui errat in facto. An quia præsumatur quilibet scire iura, vt vulgo creditur? Minimè. Nam & iuris peritissimos plerosque errasse scimus, eámque ob causam aliquando variasse, & inter cæteros Papinianum non solùm in ea specie quam Iustinianus tractat *in l. vlt. §. sed cùm in secundam C.de furt.& seru.corrupt.* sed etiam in quæstione *l. si venditor* 6.*in fin.* iunct.*l.seq. De seru.export.* item Iulianum *l. tutor* 19.§.*vlt.D.ad SC.Velleian.* Scæuolam vt refert Vlp.*in l.qui bona* 23.§. *vlt. De acquir. rer.domin.* Mæcianum etiam adeóque ipsos Imperatores in specie *l.Diui fratres* 17.*D.de iur.patron.* Sed quia nemini permittitur ius ignorare, id est non præbet iuris ignoratio iustam excusationem cùm sciri possit adhibito consilio iurisperitorum *d.l.regula §.sed iuris*, Ita vt nec errare videatur qui in iure errat, sed consulto potius dare atque ideò donare *l. cuius per errorem* 53. *De reg.iur.*& consequenter perdere *l. filiusfamilias* 7. D. *de donat.* quod non nisi stulti hominis est. Ex quo illud fortasse fit vt *in d.§.pen d.l.regula*, qui in iure errant non solùm stulti dicantur, sed etiam quasi non errent opponantur errantibus, his verbis, *nec stultis solere succurri sed errantibus.* Solis minoribus & fœminis ius ignorare permissum est, illis propter ætatis lubricum, his verò propter sexus infirmitatem *d.l.regula in princip.* id est, Culpa illis imputari non potest si ius ignorauerint, neque id nocere ijs debet: Secundum quam exceptionem intelligi etiam oportet quod de constitutionibus Principum nec ignorandis nec dissimulandis generaliter præcipitur *in l.pen.C.eod.* Sanè quod

L.Seia 20. § vlt. De instruct.legat.

L.à testatore 109. De condic. & demonstr. l. qui Romæ 122.§. Agerius De ver. obligat.

L.2.l.4.6.7. & 8.D. de iur.& fact. ignor.l.cùm quis 10. C. eod.

L. regula 9. §.pen.D. eo.

quod interpretes aliquando distinguunt inter errorem iuris valde dubij & iuris certi, non est sine ratione. Quamquam de eo latiùs dicẽdum nobis erit suo loco. Illud tantùm hîc monendum superest, non solùm prudentes de facto respondere non debere, sed nec leges ipsas in ijs quæ ex facti circumstantiis pendent certum ius vllum præscribere ausas esse, vt in delictorum pœnis videre est *l. aut facta* 16. *per tot. de pœn. & in specie l. vlt. in fin. C. de his qui ad eccles. confug.*

ILLATIO VIII.

De absurdis aliquando admittendis ne absurdiora sequantur.

OCtauò & vltimò infertur ex eodem principio interdum euenire vt aliquid quod absurdum sit adeóque iniquum iure admitti oporteat, ne alioqui sequatur quid aliud quod absurdius sit, & iniquius vt in specie *d. l. ita vulneratus* 51. *§. penult. D. ad leg. Aquil. l. qui quadringenta* 88. *D. ad leg. falcid.* Sicut enim maior æquitas tollit minorem tùm etiam cum vtraque naturalis est *l. Stichum* 95. *§. naturalis de solut.* ita & è contrario minor iniquitas maiorem: quia quod minus iniquum est licèt simpliciter æquum non sit, tamen ex comparatione eius quod est iniquius, pro æquiore habetur, etsi cauere semper bonus legislator debet quantum potest ne quid absurdi sequatur *l. vlt. C. de vsur. rei iudic.* Idque est quod ait iuris regula quoties nihil sine captione inuestigari potest, eligendum id esse, quod minimum habeat iniquitatis *l. quoties nihil* 200. *de reg. iur.* *l. quoties nihil* 200. *de reg. iur.*

CONFVT. I.

De æquitate scripta.

COntra hoc principium pugnat distinctio illa æquitatis à vulgaribus interpretibus tradita *ad d. l. placuit* 8. *C. de iudic.* vt æquitas alia sit scripta, alia non scripta, & scripta quidem præferatur iuris rigori *d. l. placuit*, non etiam ea quæ scripta non sit *ex d. l.* 1. *C. de legib. d. l. prospexit* 12. *D. qui & à quib. manum.* *l. placuit* 8. *C. de iudic.* Quos locos quasi inuicem pugnantes non aliter quàm per huiusmodi distinctionem conciliari posse crediderunt, vnde illud etiam factũ est vt ex glossa interpretis dictio, scriptæ, tandem irrepserit *in d. l. placuit*. Prorsus imperitè. Etsi enim penè innumera in iure nostro scripta sunt ad æquitatẽ pertinẽtia, nulla tamen æquitas est aut erit vnquã, quæ scripta dici possit quia nunquam æstimatur ex scripto, sicut nec ipsum ius ciuile quod prudentum autoritate constitutum est *l.* 2. *§. ita in ciuitate* 12. *De orig. iur.* quomodo ius scriptum strictúmque æstimatur, sed ex naturali ratione & iustitia scripti iuris rigorem temperante. Sic dicimus ius consuetudinarium quod & non scriptum appellatur, ex scripto æstimari non posse, cùm ex solo vsu lõgáque consuetudine totam suam autoritatem accipiat, quæ vel in eo maximè consistit quod in tantùm probatum illud est, vt non fuerit necesse id scripto comprehendere, inquit Paulus *in l. imò magna* 36. *de legib.* Et tamen nihil prohibet id scriptum esse, quomodo Parisienses Burdegalenses, Burgundicas & alias multorum locorum consuetudines nunc scriptas legimus quas *Consuetudo scripta.*

nemo dixerit eo minùs esse ius non scriptum Parisiensium, Burdegalensium, Burgundorum, cùm scriptæ sint non ad ius constituendum, sed ad illud quod iam olim à tanto tempore receptum fuerit probandum ac ne tam facilè ignoretur. Sic testamenta in scriptis appellamus non ea omnia quæ scripta sunt sed illa tantùm quæ ex scriptura vires suas accipiunt. Nam & nuncupatiua omnia quæ hodiè passim fiunt, scribi solent, nec ideo tamen sunt in scriptis, sed nuncupatiua quia in iis nuncupatio non scriptura facit heredem, ex cuius institutione testamentum æstimatur, scribuntur autem ad futuram duntaxat rei memoriam, ob ídque nec subscriptiones nec signa testiū exigunt, nec alias sollennitates testamentorum in scriptis de quibus in *leg. hac consultißima* 21. *C. de testam.* Sic denique de iis etiam contractibus qui nudo consensu perficiuntur, scripturam quotidie fieri cernimus, neque tamen eos idcirco contractuum qui *in scriptis dicuntur* iure censemus, quia non ideo scribuntur quòd nec aliter nec priùs eos valere contrahentes velint, quàm scripti & in mundum redacti fuerint, quæ propria contractuum in scriptis natura & condicio est de quibus *in l. contractus* 17. C. *de fid. instrum.* sed gratia tantùm facilioris & expeditioris probationis *l. contrahitur* 4. *D. de pignor. l.* 4. *D. de fid. instrum. l. cùm te* 5. C. *de transact.* Eodem igitur modo dicendum est æquitatem ex scripto numquam æstimari, hoc est numquam videri æquum quid posse, ob id solùm quod scriptum sit, tametsi multa idcirco scripta sint tanquam æqua, quòd antequàm scriberentur æqua fuerunt, & ad eum duntaxat finem ne posit quis dubitare quin æquum sit quod Papinianus aliúsve quispiam ex prudentibus aut Imperatoribus æquum esse scripserit. Itaque supradictarum legum conciliandarum alia ratio quærenda non est quàm quæ à nobis allata iam fuit in 2. illatione, vt quoties lex tam apertè scripta est vti ne vllam æquitatis interpretationem ex propositi facti circunstantiis posit admittere, ea omnino seruanda sit quantumuis dura & iniqua, nec per alium quàm per Principem ipsum corrigi ac violari posit. Secus autem si vel proprietas verborum vel saltem ipsa legis ratio & sententia interpretationem aliquam patiatur. Nam cùm iniquitas ex verbis resultat, mens legislatoris potius seruanda est *l. scire* 13. §. *aliud etiam de excus. tutor. l.* 3. *in princip. D. de vsur.*

CONFVT. II.

De legibus & opinionibus iniquis.

PVgnant quoque cum hoc Principio quotquot vnquam fuerunt, sunt, & erunt siue prudentum veterum, siue interpretum nostorum sententię alienæ ab æquitate: non enim posis melius alienam sententiam tanquam iniustam vtroque iuri minùs consentaneam refellere, quàm si dixeris & probaueris esse iniquam, vt in specie *l. Julianus* 42. *aliàs l. si pupillus l. ventre* 84. *D. de acquir. hered.* Nam & ex hac caussa ipsæ etiam leges abrogandæ sunt *l. si quis suo* 33. §. 1. C. *de inoff. testam. l. cùm quis* 10. *C. de natur. liber.* quasi viciosæ, vt habet *l. maximum vicium* 4. *in princ. & §. quòd si fuisset vers. & ita vicium permansit* id est, iniquitas *C. de liber. præter.* Multò magis improbandæ legum interpretationes iniquæ, tanquam hoc ipso viciosæ. Qui sensus videtur esse *l. in ambigua* 19. *D. de leg.* vbi scriptum est, in ambigua voce legis eam capiendam

L. in ambigua 19. D. de legib.

dam esse interpretationem quæ vicio caret. Benignius enim leges interpretandæ sunt vt scriptum est *in l. praeced.* id est humaniùs & æquiùs, quò voluntas earum conseruetur. Nulla namq; lex est tam iniqua, quæ non videri æqua velit, præsertim aliquo publicę vtilitatis prætextu. Denique ad legum autoritatem id maximè pertinet vt omnis iniquitas expellatur *§. 1. const. De concept. Digest. ad Tribon.*

CONFVTATIO III.

De rescriptis iniquis & lædentibus ius tertij, & De plenitudine potestatis ordinaria & absoluta. Et de iure quæsito per actus iuris gentium, aut per actus ciuiles.

PVgnant denique cum hoc eodem Principio rescripta illa omnia Principum, quæ aliquid habent ex iniquo, puta per quæ ius tertij inauditi læditur. Vnde fit vt ita semper interpretanda sint quantum fieri potest ne tertij cuiusquam ius voluisse lædere Princeps existimetur *l. 2. §. merito & §. si quis à Principe D. ne quid in loc. public.* Adeò vt quamuis rescriptum ab initio valuerit & æquum fuerit, desinat tamen valere ex quo incipit esse iniquum, vt in *leg. ex facto 43. De vulg. & pupill. substitut.* Quare & illud ab optimis Imperatoribus Theodos. & Valent. sanctissimè constitutum est, Vt rescripta contra ius elicita ab omnibus iudicibus refutentur, nisi fortè sit aliquid quod non lædat alium, & prosit petenti *l. rescripta 7 C. de precib. Imp. offer. l. vlt. & tot tit. C. si contr. ius vel vtil. public. l. 4. C. de emancip. liber. l. 2. & vlt. D. de natal. restit.* Ne scilicet inde nascatur iniuriæ occasio vnde iura nasci debēt, inquiūt iidē Impp. *in l. meminerint 6. C. vnde vi.* Duæ siquidem illæ iuris regulæ quarum altera habet, Id quod nostrum est sine facto nostro auferri nobis non posse *l. id quod nostrum 11. De regul. iur.* Altera, non debere alteri per alterum iniquam condicionem inferri *l. non debet alteri 74. eod.* tanta tāmque aperta ratione naturali nitūtur, vt vix vnquā possint violari nisi ratione publicæ vtilitatis, puta in vsucapionibus *l. 1. D. de vsuca.* Solēt tamē nostri distinguere hac parte ius quæsitū per actus qui sint ex iure gentiū, & ius quęsitū per actus iuris ciuilis, vt possit Princeps tollere ius quæsitū tertio per actus ciuiles puta per sentētiā, vsucapionē, pręscriptionē & si quid aliud simile est, Nō etiam ius quæsitum iure gentium puta ex contractu. Sic enim notant *ad d. l. vlt. C. si cont. ius vel vtilit. public.* Addunt nisi vtatur plenitudine potestatis absolutæ. Distinguunt enim duplicem potestatem in Principe, absolutam vnam, ordinariam alteram quam longè rectiùs ordinatam possis dicere. Sed mihi videtur idem quod doctissimis plerisque viris absolutam potestatem in bono Principe nullam esse, cámque duplicis potestatis distinctionem Tyranno magis quàm bono Principi conuenire, Ideóque non inficetè aut insulsè quidā eiusmodi potestatē absolutā plenitudinē tempestatis appellarūt vt refert Anto. Tessau. in *Decis. Pedemōtanis.* Prior sanè distinctio defendi probabiliùs potest si de Principis volūtate cōstet quòd ius alteri per actus ciuiles quęsitū tollere voluerit. Alioqui ea sēper interpretatio humanior & ęquior est vt nō voluisse existimetur. Quod & in pretorib' aliisq; magistratib' obtinet vt beneficia sua nemini velint esse captiosa ne hoc ipso fiat iniqua *l. Paulus nota 18. de praet. stipu.* Sic dicimus priuilegia militum ad alienam iniuriā

L. id quod nostrum 11. l. non debet alteri 74. De regul. iur.

De potestate absoluta & ordinaria.

porrigi non oportere *l.impuberi* 40. *De admin. & per.tut.* Adde textus elegantes de principali potestate *in l.pen. D. de hered.inst. leg.1.C.de his qui ven. atat.impetr.l.omnium* 19.*C.de testam.*

PRINCIPIVM III.

Iurisprudentiæ Definitio.

l.iustitia 10. *§.1.D. hoc tit.*

IVrisprudentia est, diuinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti sciẽtia *l.iustitia* 10.*§.vlt.D.hoc tit.* Legum enim autoritas illa est quæ & diuinas res & humanas benè disponit, vt præfatur Iustin.*in §.1. Constit.De concept.Digest.ad Tribon.*Huius verò principij ratio hęc est,quòd summa iuris diuisio illa sit vt aliud sit diuinum,aliud humanum,quod vtrumque vnis Pontificibus olim tributum erat, penes quos ideo legum omnium interpretandarum scientia esse credebatur *l.2.§.deinde ex his legibus 6. vers. omnium tamen De orig iur.*Ad eos namque de omnibus & diuinis & humanis rebus referebatur,vt testatur M.Tullius lib.3.de Oratore.

ILLAT. I.

De coniungenda scientia iuris Pontificij & ciuilis.

EX hoc principio fit,vt etiam hodie qui Iurisconsultus dici velit,eum necesse sit vtriusque iuris scientiam profiteri, Pontificij scilicet, & ciuilis, quorum illud totam ferè theologiam,hoc verò ciuilis disciplinæ præcepta complectitur.Quamquam inter vtrumque tanta coniunctio & adfinitas est, vt de iis etiam penè omnibus quæ ad fidem & religionem pertinent expressas habeamus in Codice Iustiniani constitutiones Imperatorum qui fuere Christiani.Adeò vt non abs re,neque insulsè quidam ætate nostra scripserit, Bonum Iurisconsultum hæreticum esse nullomodo posse. Neque enim bonus fuerit Iureconsultus qui ad sanctissimas Imperatorum leges quæ tot extant sub *tit. De summa Trinitate & fide Cathol. De sacros.Eccles.De episcop. & cleric. de episcop. audient. de heret. & Manich.* & aliis qui sequuntur libro 1.Cod.& in Nouell.Iustiniani (quibus probatur apertissimè iã tùm eam ipsam fuisse toto terrarum orbe quæ nunc est, christianã & catholicam fidem) nihil aliud respondere velit quàm tot tantósque Imperatores romanæ ecclesiæ diuinum lumen secutos in tenebris ambulasse.Etsi de iis,quæ ad sacrosanctam religionem pertinent, non leges ciuiles, sed sacros canones sequi debemus, & ex ijs fidei nostræ dignitatem ac veritatem stabilire.

ILLAT. II.

De Iurisprudentiæ sacris & sanctitate.

l.1.§.1.hoc tit.

SEcundò ex hoc principio fit, vt non immeritò quis nos iuris sacerdotes appellet, quemadmodum Vlpianus scribit *in l.1.§.1.hoc tit.* Nam si sacerdos ille est qui & sacra docet, & sacris vacat *l.non distinguemus 32. §.sacerdotio De recept.qui arbitr.*An non sacra docet qui iustitiæ præcepta tradit? An non sacris vacat qui iustitiam colit? Hanc enim rationem Vlpianus reddit, cùm statim subiungit *Iustitiam namque colimus* ad id, vt videtur, alludens quod Hesiodus scripsit, Iustitiam Dei Opt. Max. filiam esse,quæ si in terris

non

non colatur, in cœlum protinus ad patrem euolat, de mortalibus vindictam petitura & impetratura. Hinc leges ipsæ sacratissimæ dicuntur *l. leges sacratissimæ 9. C. de legib.* Hinc religio iudicantis *in l. eum quem temerè 79. §. 1. D. de iudic. l. quæsitum 13. D. de testib. leg. Diuus Hadrianus 33. D. de re iudicat.* Hinc denique Papinianus vt Imperatorem suum Antoninum laudet eximiè, vocat religiosissimum iuris *in l. vnum ex familia 67. §. vlt. de legat. 2.* Neque valde alienum est quod addit Vlp. *in d. §. 1.* Iurisconsultos veram philosophiam profiteri non fucatam & simulatam affectare. Aliæ namque philosophiæ partes in contemplatione ferè totæ versantur. Hæc nostra, tanquam quæ & moralem & politicam adnexam habeat, totáque ad iustitiæ administrationem referatur in actione consistit, in qua & præcipua laus virtutis, vt Aristoteles scribit. Qua de causa non possum facere quin quod grauissimis plerisque viris visum est, id etiam mihi videatur, multo fore decentius si Iuriscõsultis nostris honoraria de publico exhiberentur, ea lege vt ne quid priuatim acciperent ab iis à quibus consulerentur. Non essent qui nobilissimum Aduocatorum ordinem, venale genus hominum vulturésque togatos appellarent. Quid enim fœdius, quàm cuiusque desiderium & professionem inter se discrepare, & eos qui se philosophos profiteantur, auaritia vinci ac rapacitate, quemadmodum ei qui se philosophum iactabat, exprobrant Imperatores in *l. professio 6. C. de numer. patrim. lib. 10. tit. 41.* Est enim philosophia res religiosa, & quę à professoribus suis id primùm exigit vt mercenariã operã spernãt *l. 1. § an philosophi D. de extraor. cogni.* vbi de iuris ciuilis professoribus subinde tractãs Vlpianus ait, quod ad rem nostram valde pertinet, sanctissimam rem esse ciuilem sapientiã, sed quę precio nũmario non sit æstimanda, nec dehonestanda, quod fieret si in iudicio honor peteretur, qui in sacramẽti ingressu offerri debuit. Multa enim inhonestè peti, quę honestè accipiũtur. Vbi obseruãdũ est *honorem* dici quod ad iuriscõsultos id, quod in cęteris personis salariũ mercésq; laboris appellatur, Vnde & in eadẽ lege passim Vlp. *honorariũ* vocat quod aduocatis prę̨statur. Etsi iã olim lege Cincia vetitũ erat, teste Corn. Tacito lib. 11. ne quis ob orandã causam pecuniã donúmve acciperet. Sanè laudabile vitæq; hominũ necessarium aduocationis officiũ, & maximè principalibus præmiis remunerandũ esse prędicat Anastasius in *l. laudabile 4. C. de aduo. diuer. iudicũ.* multáq; in eorũ laudem præclarè dicta videre est *in l. aduocati 14. C. de aduoc. diuers. iudicior.* Multa è contrario in eorũ odium qui causas orãt vt ad turpe cõpendium stipémq; deformem hanc arripiant occasionẽ non vt laudis per eam augmenta quęrant *in l. quisquis 6. C. de postul.* vbi additur, *Nam si lucro pecuniáque capiantur, veluti abiecti atque degeneres inter vilissimos numerabuntur.* Quamquã inde iam ab ipsis prudentum tẽporibus ita obtinuisse vt aduocatis liceret honorarium à litigatoribus accipere dum ne licitum modũ egrũederentur apparet manifestissimè ex Vlp. *in d. l. 1. De extr. cognit.* iunct. *l. si sub specie 3. & l. si qui aduocatorum 5. C. de postul. l. properandum 13. §. pen. ver. honorariis C. de iudic. l. 15. eod.* De iudicibus qui se furtis & sceleribus maculasse fuerint conuicti, lex est Imperatorum Grat. Valent. & Theod. vt ablatis codicillorum insignibus & honore exuti inter pessimos quosque & plebeios habeantur, nec sibi posteà de eo honore blandiantur quo se indignos iudicauerint *l. iudices 12. C. de dignit. lib. 12.* Quis enim sacrilegos istos ferat

L. 1. §. an philosophi D. de extra ord. cognit.

qui tam sacram rem adeò profanè tractauerint?

De duplici iuris differentia, Publici & priuati.

COnuenit etiam hoc Principium iuris cum quinto de quo posteà dicemus, quod habet, Totius iuris nostri duas esse positiones, Vnum publicum esse, aliud priuatum. Nam cùm publicum illud sit, quod ad statũ rei Romanę spectat, quódq; in sacris sacerdotibus, & magistratibus cõsistit vt Vlp. tractat in *d.l 1.§ huius study hoc tit.* apparet iurisprudentiam quæ vtriusq; iuris notitiam pręseferat, non minùs ad diuinas quàm ad humanas res pertinere. Quod autem addimus cum eodem Vlp. *in d.l. iustitia 10.§. vlt.* iurisprudentiã esse *iusti atque iniusti scientiam*, non pugnat cum eo quod superiore Principio diximus, iurisprudentiã, aut potiùs ipsum *ius* esse artem boni & ęqui. Nam vt disputauimus, vtrumque minùs propriè dictum videri debet, non exactè ad eas quę probari solent artis & scientię definitiones. Et scitè Iacob. Cuiac. posse ius dici scientiam vel artem ęqui & iniqui, Artem enim esse eorum quę sciuntur.

L. 1.§ huius study D. hoc tit.
L. iustitia 10.§. vlt. eo.

ILLATIO III.

De perfecto Iurecõsulto.

TErtiò ex hoc Principio infertur, Non posse fieri vt quis perfectus Iurisconsultus dici possit nisi qui rerum omnium & diuinarum & humanarum cognitionem habeat, potissimùm verò perspectam verborum & rerum significationem. Ex qua nimirum vniuersa propemodum iuris nostri principia pendere semper existimaui. Vnde est quod in ea re prudentes illós veteres tantopere insudasse constat ex eleganti illo *tit. D. de verb. & rer. signific.* Vix enim vlla in iure nostro potest occurrere quæstio, quam non vel ex verbi proprietate, vel ex ipsa rei per verbũ significatæ natura & substantia decidi oporteat: Quam in rem Definitionum vsus præcipuus est, ex quibus de vnaquaq; re quid illa sit sciri potest, & quas ideo per quiditates, vt philosophi loquuntur, id est per essentiales proprietates & differentias fieri necesse est. Has enim definitiones hic intelligo nõ iuris regulas illas de quibus accipiẽda est *l. omnis definitio 202. De reg. iur.* Aut quas vulgo nostri vocant Decisiones, in quo sensu nomen Definitionum sumpsimus in Codice nostro Definitionum forensium & Rerum in sacro Sabaudiæ Senatu tractatarum.

De verb. & rer. signific.

CONFVTATIO I.

De Iureconsulto hæretico.

COntra hoc Principium peccant vt iam diximus illi primùm qui cùm se Iureconsultos ausint dicere, hæreticorum tamen nugas & ineptias his præsertim nostris temporibus pro religione sequi non erubescunt. Et sanè cùm ad capessendam iurisprudentiã nihil omnino sit quod tantam vim habeat quantam si cui à Deo Opt. Max. datũ sit vt præclaro excellentíque non tã ingenio quàm iudicio polleat, quis bonos Iurecõsultôs credere possit eos qui tãta iudicij laborent inopia vt noui vnius aut alterius hominis peruersi, & vt plurimùm imperiti opinionem, consentienti à tot seculis Ecclesiæ totius

totius sacrosanctæ vnitati & doctrinæ præferendam esse arbitrentur?

CONFVTATIO II.

De bonarum literarum imperito Iurisprudentiam profitente.

ITem illi qui ne quidem primas ferè literas, vt ita dicam edocti, nullísque philosophiæ, logicæque rudimentis imbuti, sed planè illotis manibus vt Caius loquitur *in l.1. De origin. iur.* ad hęc nostra iurisprudentiæ studia præcipites ruunt, Ex quo fieri necesse est quod euenit quotidie, vt erroribus & tenebris non seipsos tantùm sed ipsam quoque iurisprudentiam inuoluāt, quæ quandiu per huius generis homines tractabitur, quid aliud obsecro sperare possimus, quàm totius iuris miseram perturbationem, nihil nisi lites in tribunalia, & in scholas iurgia inuecturam? Deceret si omnino fieri posset eos qui iurisprudentiam profiteri volunt prius nosse omnia sine quibus fieri nequeat vt in præclaros Iureconsultos vnquam euadant. Quàm multa enim sunt ab interpretibus nostris perperā tradita & explicata, sola non dicā græcæ, sed & quod lōgè intolerabilius est latinæ linguæ, & historię & antiquitatum romanarum ignoratione? Quale inter cætera illud est ne omnia cogerā, quod *in l is qui* 11. *§. si ἀντίχρησις. D. de pignor.* pro græco illo nomine viri boni omnes ante Alciatum legerunt *antiphona*, multò prudentiùs facturi si hoc etiā loco vsurpassent quod tam sæpe Accurs. *Græcum est, nō legitur.* Item quod Bart. & post eum cæteri tractant ad *l.1. D. de oper. noui nunciat.* Vlpianū trecētis antè Christum natum annis floruisse, & alia eiusdem elegantiæ penè innumera, commiseratione ni fallor quàm risu digniora. Denique sicuti iustitia virtutes, ita & iurisprudentia scientias omnes in se vna, si perfecta sit, complectitur.

PRINCIPIVM IV.

Iustitiæ definitio.

IVstitia est constans & perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi d. l. iustitia 10. D. hoc tit.* Definitur enim hîc non huius aut illius hominis iustitia in concreto, sed iustitia ipsa in abstracto quatenus est habitus animi ad id tantùm quod iustum sit faciendum comparatus. Etsi enim perdifficile est vt tam constanter & perpetuò iustus quis sit, ne vnquam à recto iustitiæ tramite deuiet (homines enim sunt quotquot in terris iustitiam colūt, ideóque errandi facilitate ad lapsum procliues, cùm iura omnia nosse omniúmque memoriam tenere diuinitatis sit magis quàm humanitatis, In nullo autem aberrare seu in omnibus irreprehensibilem & inemendabilem esse diuinæ solius non etiam mortalis sit constantiæ vt Iustin. scribit *in constit. ad Senatum* incip. *Dedit nobis Deus §. si quid autem* 17. *& §. sed etsi* 16.) fieri tamen nihil prohibet quin bonus vir & iustus tùm etiam cùm per errorem malè & iniustè iudicat, constantem nihilominùs illam retineat & perpetuam voluntatem ius suum cuique tribuendi, sine qua nec iustum nec philosophum possit se dicere. Nam à philosopho exactam

L. iustitia 10. D. hoc ti.

grauitatem perpetuámque constantiam desideramus *l. si quid venditor* 18. *D. de ædilit. edict.* Iam autem diximus Iurisconsulti proprium illud esse vt verã non fucatam & adumbratam philosophiam profiteatur. Itaque non possum probare quod ad hanc iustitiæ definitionem quosdam notare video, cõstantiam illam perpetuæ voluntatis quomodo loqui mauult Cuiacius, cum aliquo temperamento accipiendam esse acsi ageretur de seruo vendito quẽ constantem esse venditor adfirmasset, vt *in d. l. si quid venditor.* Nullum enim hac parte temperamentum adhibere possis quin tantundem de iustitiæ pręstantia & dignitate detrahatur. Satisfacit iuri venditor serui, si præstet eũ non valde sapientem, dummodo non ita fatuum & morionem vt in eo rationis vsus nullus sit *l. 4. §. idem Pomponius eod.* Item si eum quem artificem promisit vel dixit præstet peritum ad aliquem modum licèt nõ vtique & vsquequaque perfectum *l. sciendum* 19. *§. illud eod.* Sed nullomodo iustus est qui non valde nec nisi ad certum vsque modum iustus est, Etsi non ignoro à Sapietẽ dictum *noli esse nimiùm iustus* sed longè alio sensu, à Theologis petendo, non à nostris Iureconsultis qui non alium iustitiæ modũ agnoscũt quàm iustum esse sine modo, vt de amandi Dei modo Diuus Bernardus scripsit, alium amãdi modũ nullum esse quàm amare sine modo. Sic & iuris scientiã à Iureconsulto exigimus plenissimam & absolutissimam, non etiã à cæteris ne tũ quidẽ cùm iuris ignorantiam iis imputamus, vt Paulus scribit in *l. in bonorum* 10. *D. de bonor. possess.* Denique non ille iustus est qui iusta semper facit & vnicuique ius suum perpetuò tribuit, sed qui constantem & perpetuã habet, quod in optimi cuiusque arbitrio & facultate est, suũ cuique tribuendi volũtatem. Quare sicuti nemo diceret iustum hominem qui non nisi casu benè iustéque iudicaret, si neque peritiam, neque voluntatem bene iudicandi haberet (nam & sæpe fit vt casu obtineat qui succumbere deberet *l. posthumus* 6. *§. si quis D. de inoff. testa.*) ita nec iniustus est dicendus, qui malè aliquando iudicauit si modo benè iudicandi constantem & perpetuam retinuit voluntatem, nec tanta iuris imperitia lapsus est vt ei quicquam imputari possit. Præsertim cùm non semel tales casus incidant in quibus non solùm ius cum æquitate, sed ipsa etiam iustitia cum seipsa, & ęquitas cum bona fide pugnare videatur vt *in l. bona fides* 31. *D. deposit.* Nam si ius dicitur etiã quod iniquè decernitur relatione scilicet facta nõ ad id quod prætor aut iudex fecit, sed ad id quod facere debuit, tùm quoque cùm noluit *l. pen. D. hoc ti. iũct. l. seruo* 65. *§. cùm prætor D. ad SC. Treb.* quanto magis iustũ dicere possumus etiam eum, qui iniusti quid egerit, dum ne iniustè, id est, dum ne eo animo vt iustitiam offenderet? Rideo autem cùm à nonnullis disputari video, An hæc diffinitio ad iustitiam diuinam pertineat, an ad humanam. Et rideo magis, cùm eos audio concludere diuinam duntaxat iustitiam hic diffiniri, quasi nõ possit tanta illa constantia perpetuæ voluntatis humanæ iustitiæ conuenire. Sic enim ratiocinatur Francisc. Hotomanus, Parum certè subtiliter, vt ex proximè dictis apparet. Ex iis porro verbis *ius suum cuique tribuendi* iustitię dignitatem colligere licet. Vna enim illa est, & sola ex omnibus virtutibus quæ alienum bonum spectat, vt Aristot. tractat toto ferè lib. 5. Ethic.

L. in bonorũ 10. D. de bonor possess.

L. bona fides 31. D. d. pos.

ILLA-

ILLATIO I.

De iudice malè indicante per sordes aut per gratiam & faciente litem suam.

EX hoc principio illud fit, vt litem suam faciat iudex non solùm qui per sordes aut gratiam malè iudicat, sed & qui per eam iuris imperitiā quæ excusationem nullam mereatur *l. filiusfamilias* 15. *in princip. &* §. 1. D. *de iudic. l. vlt.* C. *de pœn. iudic. qui mal. iudic.* Hac sola differētia, quòd si per sordes aut per gratiam laborat etiam infamia *l. iudices* 12. C. *de dignit. libr.* 12. non item si per solam imperitiam, Etsi vtroque casu quasi ex maleficio obligatus intelligitur *l. vlt. D. de extraor. cognit.* Sanè illa etiam differentia est inter sententiam iniustam quæ per sordes aut gratiam lata sit, & eam quę per iuris imperitiam, quòd illa ipso iure nulla est, non per appellationis beneficium necessariò reuocanda *l. venales sententias* 7. C. *quand. prouoc. non est nec.* Hæc verò ipso iure tenet *l. si patronus* 12. §. *si quis cùm esset de bon. libert. d. l. seruo* 65. §. *cùm prætor ad Trebell.* etsi locus ille non tantùm de ea sententia tractat quæ per errorem lata sit, sed de illa etiam, quæ ambitiosè id est per gratiam, Vt non malè possit quis suspicari odiosiores esse sentētias venales, quàm ambitiosas, licèt bono iudici perpetuum illud esse debeat vt *nec prece nec precio.* Nostris tamen moribus vtcumque venalis & nulla sententia sit, appellatio necessaria est, per quam fit vt iustitia per sordes aut gratiam oppressa vt loquitur *l. addictos* 29. C. *de appell.* restituatur.

L. filiusfamilias 15. §. 1. D. de iudic. l. vlt. C. de pœn. iudic. qui mal. iudic.
L. vlt. de extr. cognit.

ILLATIO II.

De Iudice per iuris imperitiam aut nimiam aut non nimiam malè iudicante.

SEcundò ex eodem principio fit vt si iudex neque per sordes aut gratiam, neque per imperitiam inexcusabilem iudicauerit licèt malè ac perperam iudicauerit, non tamen faciat litem suam *d. l. filiusfamilias* & aliis proximè citatis, Alioqui vix reperiretur, qui iudex inferior esse vellet, cùm ex superioris iudicis opinione pēdeat an inferior bene an malè iudicasse dicatur, nemo autē nesciat non semper eū qui ex appellatione cognoscit priorē sententiā reformare in melius, sed sæpe in peius, vt Vlp. ait *in l. 1. D. de appellat.* Et sanè non eo minùs iustus iudex est quod malè iudicauerit si modò bene iudicandi & suū cuique tribuendi constantē & perpetuam habuerit voluntatē. Quòd si iustus, cur ergo condēnandus? Iustum enim non tā ex eo quòd iusta quàm quòd iustè faciat ęstimamus. Aduerbia autem nō tā factum quàm faciendi modū & animum repręsentant. Dices, Cur igitur litē suā facit iudex qui per imprudentiā iudicat si putauit se benè, iusteq; iudicare? Nimirū quia nec nisi verbo vult hic iustus esse, qui non vult ea discere quæ scire debuerat antequam iudicandi officiū susciperet. Nec magna culpa caret, tāquā qui se immisceat rei ad se non pertinenti *l. culpa est* 36. *De regul. iur.* Turpe siquidē est non tātùm patricio & nobili viro vt Quintus Mucius dicebat apud Pōponium *in l. 2. §. Seruius de orig. iur.* sed & cuilibet ius dicenti, aut iudicāti, ius illud ignorare in quo versetur. Vnde & Vlp. *in l. si per imprudentiam* 51. *D. de euict.* imprudentiam errorémque judicis malè iudicātis *stultitiā* vocat, & subinde *iniuriam* ei factā qui perperam & iniustè fuerit condemnatus. *Quid re-*

L. si per imprudentiam 51. D. de euict.

fert, inquit, *sordibus iudicis an stultitia res perierit? Iniuria enim quæ fit emptori non debet auctorem contingere.*

ILLATIO III.

Ne quis in sua causa iudicet vel ius dicat.

Tit. C. Ne quis in sua causa iudic. vel ius dic.

L. nullus 10. D. de testib. L. omnibus 10. C. eod.

L. qui iurisdictioni 10. D. de iurisdict. L. in priuatis 77. cum seq. D. de iudic.

TErtiò ex eodem Principio fit quod generali Imperatorum lege constitutum est, Ne quis in sua causa iudicet vel ius sibi dicat *l. vnic. C. ill. tit.* vbi additur, Admodum iniquum esse vt in re propria vlli tribuatur licentia ferendæ sententiæ. Vix enim tã iustus quisquã est qui constantem illã & perpetuã suum cuique tribuendi voluntatẽ etiã contra se velit exercere, aut qui non saltem proprij compendij causa facilè sibi imponi patiatur vt in propria causa id iustũ & æquum esse putet quod in aliena iniquũ esse fateretur. Vnde illud etiã est vt omnibus quantumuis probatæ famę & integrę vitæ hominibus, dicendi in re propria testimonij, quod multo minus est, facultas denegetur *l. nullus 10. D. de testib. l. omnibus 10. C. eod.* Huc etiã pertinet quod Vlp. scribit *in l. qui iurisdictioni 10. De iurisdict.* eum qui iurisdictioni præest neq; sibi ius dicere debere neque vxori vel liberis suis, neq; libertis vel cæteris quos secũ habet. Cui non est contrarium quod African. ait *in l. in priuatis 77. cum l. seq.* in priuatis negotiis fieri posse vt filius patrem iudicẽ habere posit, & pater filium, Ratione illa quod iudicare, munus publicũ sit. In his autem quę ad ius publicum pertinent filius non sequatur ius potestatis *l. nam quod 14. D. ad SC. Trebell.* Respondendũ enim est pendere id ex differẽtia quæ olim fuit inter *ius dicere* & *iudicare*, qui enim ius dicebant magistratus erãt non iudices, nec ipsi iudicabãt sed iudices dabãt qui de facto cognoscerent, iisque formulam certis verbis conceptam pręscribebant, à qua ne latũ quidem vnguẽ recedere iudici liceret, Vt proinde non esset in potestate aut arbitrio iudicis quam aut pro quo sententiã ferret, Et consequenter nullum in eo versabatur periculum vt contra ius sententia ferretur. Quod in ius dicente diuersum erat cuius officium latissimum nullius formulæ finibus, nec alio quàm legum præscripto continebatur. *l. 1. De iurisdict.* Itaque sublata hodie differentia illa vetere, iniuncta etiã ipsis magistratibus iudicandi necessitate *per l. 2. C. de pedan. iudicib.* abrogata quoque est *d. l. in priuatis arg. d. l. vnic. C. ne quis in sua caus.* Nihil enim hodie frequentius est quàm vt ex causa vel minima dum ne prorsus absurda aut calumniosa recusentur iudices, vt sine suspicione lites omnes procedant *l. apertissimi 16. C. de iudic.* Ii verò omnium maximè suspecti habentur quos vel credendum vel verendum sit proprij alicuius commodi aut adfectionis gratia in id facilè venturos vt à constanti illa perpetuáque ius suum cuique tribuendi voluntate declinent. Sibi enim & suis quisque fauet tum etiam cùm id se agere putat ne contra iustitiæ regulas fauere velit.

ILLA-

ILLATIO IV.

De personis quæ ad iudicij constitutionem requiruntur.

QVartò ex hoc Principio fit, vt non aliter iudiciũ consistere possit quàm si & actor aliquis sit, & reus & iudex. Non enim iustitia in abstracto illa est quæ suum cuique tribuit, sed iudex ad iustitiam administrandam bene datus & benè natus. Et quemadmodum dici solet ius honorarium esse quodammodo viuam vocem iuris ciuilis *l. nam & ipsum* 8. *D. hoc tit.* ita & non malè quis dixerit iudicem quemlibet, veluti viuam iustitię vocem esse, nam per eos qui iuri dicundo præsunt effectus rei & iustitiæ accipitur, parúmque aut nihil esset ius in ciuitate esse, nisi essent etiã qui iura regerent & ad vsum societatis humanę accõmodarent *l. 2. §. post originem De orig. iur.* Rursus fieri non potest vt iudex suum cuiq; tribuat, nisi adsint litigatores qui de re cõtendunt. Quomodo enim fiat vt iudiciũ adimpleatur, & quid cuiusque sit intelligatur, vna duntaxat parte in ius veniente? Inquit *l. 2. C. de adsert. tollend.* facit *l. inter* 62. *de iudic.* Sed nec litigatores omnes in ius venisse sufficit, nisi etiã audiãtur, cùm alioquin perpendi & ad amussim examinari non possit vter potiore iure nitatur, nisi auditis vtrimq; quibus moueantur, rationibus, Præterquàm si per alterutrius tergiuersationẽ fiat ne intra pręscripta tẽpora audiri possint *l. properãdũ* 13. *C. de iudic.* Inde vulgatũ illud sapientis, *Audi partes & rectè iudica.* Indę quod sententia inter auditos tantùm & præsentes ius facit *l. de vnoquoque* 47. *D. de re iudic.* non etiã inter alios *l. 1. & tot. tit. C. int. alios act. vel iudic. aliis non nocer.* nec in simili quidem negotio *l. vlt. C. quib. res iudic. nõ nocet* quia non exemplis iudicandum est sed legibus *l. nemo iudex* 13. *C. de sent. & interl. omn. iudic. l. sed licèt* 12. *De offic. præsid.* cùm fieri facilè possit fiatque quotidie vt siue iudicis vicio, siue litigatoris, bona quoque causa amittatur *l. si ideo* 55. *D. de euict. l. Stichum* 95. *§. pen. D. de solut.* quod autem tale est, vtique salua iustitia non potest produci ad consequentias contra eum cui nihil est quod imputetur *arg. l. quod verò* 14 *l. quod non ratione* 39. D. *de legib.* Planè si quis ad iudicem ritè ac legitimè euocatus venire noluerit perinde potest condemnari peracto edictorum ordine acsi præsens & auditus fuisset *l. & post edictum* 73. *De iudic.* nempe propter contumaciam quæ scilicet pro pręsentia est, facitque vt absens pro præsente habeatur *l. etiam* 29. *§. vlt. D. de minor. Auth. quia in prouincia vers. sed si nec ipse C. vbi de crimin. agi oport. Auth. ei qui C. de temp. appellat.* Ex quo illud etiam fit vt non semper condemnandus sit is qui absens est, sed pro eo siue actor siue reus sit aliquando pronunciari oporteat, Nimirum si bonam habeat causam *d. l. & post edictũ.* In eámq; rem negotium subtiliter & diligenter examinãdũ est, quia & examinaretur si qui abest adesset *d. l. properandum §. & si quidem & §. sin autem reus.* Item quia litigatoris absentia per Dei præsentiam repleri debet *§. cùm autem eremodicium ead. leg.* Satis enim punitur absentia, & cõtumacia in eo quod etiam absens cõdemnari potest, nec vsq; adeò inhumanè cũ eo agendũ est vt omnino debeat cõdẽnari *l. 1. C. quomod. & quand. iud.* Denique extra casum veræ contumaciæ nemiẽ quãtũuis probrosum & infamẽ indicta causa condemnari leges patiũtur, quod nõ aliter quàm auditis omnibus quorũ interest videatur fieri posse vt vnicuiq; suũ tribuatur. Excipitur casus cõtumacię, sed eorũ scilicet qui si adessent condẽnari possent. Nã si ponas aut pupillos esse aut minores quos constat in iudicio stare sine tutoris vel curatoris autoritate non posse *l. 1. 2. & 3. C. qui legit. pers. stand. in iudic. hab.* habentur pro absentibus

L. 2. C. de adsert. tollend.

L. de vnoquoque 47. D. de re iudic. & Tit. C. int. alios act. vel iudic. aliis non nocer.

L. & post edictum 73. D. de iudic.

L. 1. C. quomo. & quã. iudic.

& indefensis etiam cùm sunt præsentes, ita vt nulla contra eos sententia proferri possit *l. acta 45. §. vlt. D. de re iudic.* Multò igitur minùs si per contumaciã absint pro præsentibus haberi debebunt, ideóque propositum contra eos peremptorium nihil momenti habet *l. contra pupillum 54. eod.* Nã cùm contumax ille sit qui tribus edictis propositis vel vno pro tribus quod vulgo peremptorium appellant literis euocatus præsentiã sui facere contemnit *l. contumacia 53 §. 1. eod.* consequens est vt non possit esse contumax qui pręsens esse non potest nisi eo prorsus modo quo præsens esse posset, id est si tutore vel curatore autore citatus sit, Ne alioqui plus possit fictio in casu ficto quàm veritas in casu vero. *l. sed addes 19. §. vlt. alias l. diem functo D. locat. l. si tibi 8. §. pen. De opt. legat.*

L. acta 45. §. vlt. & l. cõtra pupillũ 54. D. de re iudic.

CONFVTATIO V.

De sententia lata per iudicem incompetentem.

QVintò ex eodem principio fit vt à non competente iudice lata sententia nullius sit mométi *l. vlt. & tot. ti. C. si à non cõpet. iudica. iudica. ess. dicat.* Quomodo enim potest suũ cuiq; tribuere iudex qui sit incõpetens? Aut quid prodest quod constãtem & perpetuã habeat ius suum cuique tribuendi volũtatem si non habeat etiam facultatem & autoritatem? Siquidem tritum est inanem & vacuã esse voluntatem cui iuris potentia non adsistit *l. 4.* vbi Bald. *D. de acquir. here. l. quoties 9. De hered. inst. l. multùm interest 6. C. si quis alter. vel sib.* Inde est quod etiamsi soleat dici iura omnia clamare in contumaces, & per contumaciã prorogari iurisdictionem, id est amitti priuilegium eius qui ad prætorem aliúmve magistratum vocatus alium iudicem habere potuit *l. 2. si quis in ius vocat. non ier. l. 5. D. de iudic.* Cõtumaces tamen nõ videtur nisi qui cùm obedire deberent non obsequuntur, id est qui ad iurisdictionẽ eius cui negant obsequi pertinent *d. l. contumacia 53. §. vlt. De re iudic.* nimirũ cùm euidens incompetentia est. Ideóque non malè pragmatici iudicis incompetẽtiam appellant nullitatem nullitatum, id est omnium nullitatum quotquot sunt præcipuam & maximam.

Tit. C. si à non compet. iudic.

L. contumacia 53. §. vlt. D. de re iudic.

ILLATIO VI.

De iis qui iudices dari non possunt.

SExtò ex eodem principio fit, vt neque furiosus durante furore, neque pupillus, neque minor annis duodeuiginti iudex esse possit *l. cùm furiosus 39. l. iudex datus 46. D. de iudic. l. cùm prætor. 12. §. non autem eod.* vbi Paulus scribit nõ omnes iudices dari posse ab iis qui iudicis dãdi ius habent. Quosdã enim natura impediri, quosdã lege, quosdã moribus. Natura vt mutũ, surdũ, perpetuò furiosũ & impuberẽ. Surdus enim quomodo partes audiet, aut non auditis partibus ius suũ cuiq; tribuet? Mutus verò quomodo pronũciabit, cùm tamẽ, vt diximus, iudex sit quodãmodo viua vox iustitię. De furioso & impubere certũ est iudicio eos carere, nec proinde cõstantẽ illã & perpetuã volũtatem habere posse qui nullã habent. Minor autẽ annis decem & octo, licèt nõ careat iudicio, tamen non tanto præditus est quanto necesse sit ad tantã rem ex dignitate tractandam, cùm ad annum vsque vicesimum quintum cõsilio, iudicio & autoritate curatoris regatur *l. 1. D. de minor. l. quidam consulebat*

L. cùm prætor 12. §. non autem D. de iudic.

57. D. de

57. *D. de re iudic.* Propter quam causam lege Iulia cautum est ne minor annis viginti iudex esse cogatur licèt posit esse si velit *l. cùm lege Iulia 41. de recept. qui arbitr.* vbi Callistratus ex eo infert nec cogendum esse vt tanquam arbiter sententiam dicat, adeóque etsi maior annis viginti, minor tamen vigintiquinque auditorium temerè receperit, in integrum ex ea causa restituendũ esse. Lege impeditur iudex esse qui Senatu motus est, quia infamis & cõsequenter indignus qui rem tã sacram tractet. Moribus impediuntur fœminæ & serui, non quia iudicium non habent, sed quia receptũ est vt ciuilibus & virilibus officiis fungi non posiint. *d. §. non autem.* Posiis addere quia neq; muliebris neq; seruilis animus tam constãs, elatus & generosus esse potest, quàm esse debet in eo qui iustitiã administrare & ius suũ cuiq; tribuere velit. Vnde illud sapientis, *Noli esse iudex si non vales resistere iniquitati.* Obseruandũ autem est Iureconsultum requirere *in d. §. non autẽ,* vt non solũ iudex esse posit qui datus est, sed ab eo etiam datus sit qui iudicis dandi ius habuerit, id est qui iurisdictionẽ habuerit *l. 1. & 3. in fin. D. de iurisd.* nõ qui solã iudicãdi licẽtiã nisi à Principe *l. à iudice 5. C. de iudic.* Idq; fit ex ea ratione quã superiore illatione diximus, quòd voluntas ius suum cuique tribuẽdi ex qua æstimatur iustitia nullius momenti & effectus esse posit in iudice qui nullam habeat potestatẽ & autoritatẽ. Planè qui cæcus est si aliud nihil impediat iudicandi officio fũgi potest *l. cæcus 6. De iudic.* quoniam in eo locũ non habent rationes quas in surdo & muto attulimus. Idem est in furioso cessante furore *d. l. cùm furiosus.* Ex quo apparet verum esse quod supradiximus, perpetuam illã ius suũ cuique tribuendi volũtatẽ non ob id perpetuã dici quòd iustitiæ actus cõtinuos parere debeat, & sine intermisione, sed inspecto animi habitu quẽ sic cõparatũ esse deceat, vt nemini vnquã iniuriã factã velit. Sic dicimus seruitutes omnes etiã rusticorũ prædiorũ perpetuã causam habere debere, nec aliter valere *l. foramen 28. D. vrban. præd.* Et tamen constat eas non habere certam continuãque posesionẽ, siquidem nemo tam perpetuò, tam continenter ire aut agere potest vt nullo momento eius posesio interpellari videatur *l. seruitutes 14. D. de seruit.* vnde & illas discontinuas seruitutes nostri vocant, non satis subtiliter, quoniam aliud est, causam seruitutis esse perpetuam, aliud esse continuam, vt tractabimus *ad Tit. de seruit.* *l. cæcus 6. eod. tit. De iudic.*

ILLAT. VII.

De boni & recti iudicis perpetua constantia.

SEptimò ex hoc Principio fit, quod Callistratus scribit *in l. obseruandum 19. §. 1. de offic. præsid.* præsidem prouinciæ (idem est in cæteris magistratibus & iudicibus omnibus) in cognoscendo neque excandescere aduersus eos debere quos malos putat, neq; precibus calamitosorũ illacrimari. Id enim, inquit, nõ est cõstãtis & recti iudicis cuius animi motũ vultus detegit, sed eius potiùs, qui eã qua vsurus est regulã priùs inflectit vt Arist. loquitur *1. Rhet. i pri.* Quò etiã pertinet illud sapiẽtis *in iudicio non misereberis pauperi* a scilicet miseratione quæ faciat vt pauperi tribuas ius diuitis. Suũ enim cuiq; sem er tribuendum est. Putant tamen nonnulli post Cicerõnẽ in Lælio, p rmisũ esse iudici quantũuis graui & rigido, vt amico, vel misero homini, adeóque cui velit ex litigatoribus bonã causã optet. Quod ego vereor ne sit nimis periculosum cùm exemplis quotidianis cõpertisimũ sit vel mi *L. obseruandum 19. §. 1. de offic. præsid.*

nimam iudicis in fauorem huius vel illius litigatoris propensionem facere vt iustitiæ quoque statera æquilibrio suo destituta in eandem protinus partem nulla etiam impellente ratione propendeat, facilè sibi persuadente iudice, interdum etiam salua conscientia, bonam causam habere eum cui bonam optet licèt malam habeat. Nam si vt Plinius dicebat in epistolis, ea iudicantium condicio esse solet, vt suæ quisque inuentioni faueat, quanto magis verendum est ne suo quisque voto & desiderio fauere velit? Probarem potiùs quod quibusdam locis obseruari audio vt ipsis etiam litigatorum nominibus circumscriptis sic iudicanda lis iudici proponeretur quasi esset inter A& B non inter Titium & Sempronium, ne quicquam posset occurrere quod iudicis animum alio quàm rationis impetu in hanc aut in illā partem moueret. Quamquam habet ritus ille hoc incommodi, quod plerumque ex qualitate & condicione personarum litigantium, ius ipsum si non nisi raro prorsus immutandum, plerumque tamen ita suadente æquitate temperandum est, vt dixi ad Princi. 2. in quo tractauimus de æquitate.

ILLATIO VIII.

De præcipitatione cauenda per iudicem inferenda sententia, & lite tamen citò expedienda.

OCtauò ex hoc Principio fit vt nihil magis cauere bonus iustúsque iudex debeat, quàm ne præcipiti festinatione ferendæ sententię rem eò deducat, vt ob non bene audita perceptáque alterutrius litigantium iura, nihil minùs assequatur, quàm vt suum cuique ius videatur tribuisse. *l. si quis filio 6. §. quid tamen*, ibi *non pœna festinatione D. de iniust. rup. l. 1. C. de exec. rei iudic.* Vnde pragmatici dicunt, iustitiæ nouercam esse præcipitationem, Et Vlp. *in l. nec quicquam 9. § circa aduocatos, de offic. præsid.* non alia ratione monet circa aduocatos patientem esse præsidem oportere, quanquam id cum ingenio, ne cōtemptibilis esse, id est ne contemni videatur. Est enim cōtemptibilis quisquis in magistratu constitutus, contemni se patitur, nec ita est affectus vt suæ dignitatis autoritatem etiam ingenio suo augeat *d. l. obseruandum 19. in fin. de offic. præsid.* Denique ad hoc Principium referri possunt quæcunque in libris nostris scripta sunt de magistratuum iudicúmque officio, vt boni iustique sint, & videantur. Inter quæ non extremum illud est vt quod agere iudex debet, quàm primùm agat, interest enim vtriusque litigatoris *l. 1. C. de admin. tutor.*

l. nec quicquam 9. §. circa Aduocatos De offic. præsid.

ILLATIO IX.

De iudicio reddendo in inuitum.

NOnò ex hoc eodem Principio fit vt iudicium reddatur etiam in inuitum. *l. inter stipulantem 83. §. 1. De verb. obliga.* Quomodo enim actori suum tribueretur aut etiam reo si eius voluntas exquirenda esset quem condemnari oporteret? Vnde fit quod Paulus ait *in d. §. 1.* si Stichus in iudicio petitus sit, & de alio actor senserit, de alio reus eum petitum videri de quo actor senserit, Nō quòd in dubio reus non sit fauorabilior actore *l. Arrianus 41. de oblig. & act. l. fauorabiliores 95. De reg. iur.* sed quia si actori non crederes, semper reus negaret se consensisse, In eoque differentia perelegans est inter iudicia & contractus. Nā in stipulationibus si de alio stipulator, de alio promissor sēserit, nihil actū intelligitur, vt ibidem Paulus ait. Et rationem differentiæ subiungit, *Nam*

l. inter stipulantem 83. §. 1. De verb. obligat.

stipulatio

stipulatio ex vtriusque consensu valet. Iudicium autem etiam in inuitum redditur. quamuis etiã in iudicio quasi cõtrahatur *l.3.§.idem scribit D.de pecul.* Inde etiã est quod licèt dici soleat in iudicium id venire de quo actum est inter litigãtes, periculosum tamen esset ex persona & voluntate rei hoc metiri, qui semper ne condemnaretur hoc diceret non conuenisse. Inquit Vlp. ex Celso *in l.solemus 61. De iudic.* Quid ergo est? Melius est dicere, ait ille, id venire in iudicium non de quo actum est vt veniret, sed id non venire de quo nominatim actum est ne veniret. Sic denique dicimus si actor intentione, vel oratione ambigua vsus sit, id quod ei vtilius est accipiendum esse (nam si ambiguitas nulla sit aliud est vt in *l.vlt. D.de iureiur. l si quis intentione 66.eod.* (intentio enim actoris est nõ rei *l.2.D.de except.*) quia licèt veteribus placuerit ambiguæ orationis interpretationem contra eum fieri debere qui potuit legem apertius dicere *l.veteribus 39. D. de pact. l. Labeo 21. D.de cont.empt.* id tamen locũ habere non potest fauore rei iudicio cõuenti, in quẽ etiã inuitum reddi iudiciũ debet. Non enim redditur in actorem, sed in reũ vrgente actore, sicut & condemnationis nomen solum reum respicit non actorem, Non quia semper & omnimodo reus cõdemnãdus sit, sed quia tùm etiã cùm absoluitur, non idcirco actor condemnatur, à quo scilicet nihil petitur (aliud enim esset si reconueniretur, ex qua nimirum parte, rei non actoris partes sustineret *l.cùm Papinianus 14 C.de sent. & interl. omn. indic. l.in tribus 13. D.de iudic.* (sed tantùm excluditur & repellitur aut quòd intentionem suã non impleuerit, id est satis plenè non probauerit *l.4.C. de edend. l. vlt. C. de rei vindic.* aut per oppositam à reo exceptionem cui tum demum locus est cùm actoris intentio benè iam probata & fundata necessariò excludenda est *d.l.2.D.de except. l.qui ex liberis 11.§.vlt D.de bon.poss.sec.tab.*

L. solemus 61. D. de iudic.

L. si quis intentione 66. eod. tit.

CONFVTATIO I.

De iudice nolente priorem vnquam mutare sententiam.

Contra hoc Principiũ peccãt non ij solùm magistratus & iudices qui per sordes aut per gratiam & ambitionem, aut per imperitiam vel præcipitationem sic ius dicunt vt iniuriam faciant, sed illi etiam qui hac iustitiæ definitione, imperitè proculdubio, ne dicam impudẽter, abutuntur vt à iusti bonique iudicis constantia & grauitate alienum esse putent, ab ea sentẽtia quã priùs probauerit, recedere, nec si meliorem vel Deus ipse, vel quæ sine Deo esse non potest, melior mens suggerat. Quasi verò iusta voluntas sit quęcunque constans & perpetua est, ac non potiùs è contrario eam demum constãtem & perpetuam esse oporteat quæ priùs sit iusta. Nam si veræ synceræque iustitiæ id vnum propositũ esse debet vt suum cuique ius tribuere velit, quid iniustius dici potest, quàm si in priore sententia iniusta perstare iudex velit, ne videatur inconstans si iustus appareat? Variarunt sæpenumero ipsi etiam prudentes hoc ipso nobis longè prudentiores vt scripsimus ad Princip. 2. illat. 7. Et quemadmodum sano consilio, vti creditur, qui malum consilium reuocat, Ita & iusto, qui iniustum.

CONFVT. II.

Non semper iustè suum cuique reddi.

PEccaret etiam contra hoc Principium, ille qui deportato bona quę is ante deportationem penes alium deposuisset restitui iuberet *l. bona fides 31. depos.* aut ensem suum furioso. Ita enim suum cuiq; ius tribuendum est, vt ex eo nemo lædi posSit. Et inter tria illa iuris præcepta *honestè viuere, alterum non lædere, ius suum cuique tribuere* potius est secundum si cum tertio pugnet. Propius enim accedit ad legem illam naturalem quæ totius iustitiæ fundamentum est, *Quod tibi fieri non vis, alteri ne feceris*, quæ sicut prohibitoria est ita & potentior quàm affirmatiua illa contraria. *Quod tibi fieri vis alteri feceris*, cui respondet præceptum illud *Ius suum cuique tribuere*. Sicut autem iustitiæ proprium est suum cuiq; ius tribuere ita & suam cuique pœnam *l. sancimus 22. C. de pœn.* Iniquum enim esset alieno scelere vel odio alium prægrauari. *l. si quis suo 33. §. 1. C. de inoff. test.*

PRINCIPIVM V.

Diuisio iuris in publicum & priuatum, & de differentia magistratuum & legum.

L. 1. § huius studij D. hoc tit.

OMne ius aut publicum est, aut priuatum, Publicum est, quod ad statum rei romanæ spectat, Priuatum quod ad singulorum vtilitatem *l. 1. §. huius studij D. hoc tit.* vbi ratio statim redditur *Sunt enim quædam publicè vtilia, quædam priuatim.* Sensus est ius omne non solùm ab hominibus sed etiam à Deo Opt. Max. non nisi hominum gratia & pro eorum vtilitate comparatum esse sicut & cæteras res omnes *l. in pecudum 28. D. de vsur.* propterea quòd humana societas sine iure ac legibus stare nullomodo posSit ne quidem inter barbaros, & latrones, vnde elegantes illæ definitiones legis *in l. 1. & 2. D. de legib.* facit *l. omnes populi 9. hoc tit.* Atqui quicquid hominibus vtile est, id vel publicè vel priuatim vtile esse necesse est, neq; tertium quicquã medium & separatum fingi potest. Consequens igitur est, summam totius iuris diuisionem illam esse, vt ius aliud sit publicum, aliud priuatum. Subiicit Vlpianus Publicum ius in sacris, sacerdotijs & magistratibus consistere, Priuatum verò tripertitum esse, Collectum videlicet ex naturalibus præceptis, aut gentium, aut ciuilibus. Quod si ita est, ergo triplex illud ius de quo posteà disserit, naturale gentium & ciuile priuatum dicendum est non publicum. Et sanè ita est quatenus ad singulorum vtilitatem refertur, neq; enim ad statum rei romanæ pertinet, vt publicum eo respectu dici posSit. Itaque errant meo iudicio, qui in hac iuris diuisione *magistratuum* nomine leges quoque intelligunt. Etsi enim lex est quod populus romanus senatorio magistratu puta Consule interrogante constituebat, sicut & plebiscitum, quod plebs plebeio magistratu id est Tribuno plebis interrogante *§. lex est tit prox. De iur. natur. gent. & ciuil.* longè tamen aliud lex est, aliud magistratus. Nam vt magistratus sit in ciuitate ad statum rei romanæ spectat, primò & principaliter, ad priuatorum verò vtilitatem non nisi in consequentiam. At vt hæc aut illa lex feratur, priuatorum gratia potisSimum fit, nec

Ius publicũ.

in-

intereſt reipublicæ niſi ſecundariò & per conſequentias , quatenus ex priuatorum vtilitatibus publicam quoque æſtimamus. Quid? An non dicũtur leges eſſe iuris publici? vtiq;. Et nihil apud Iureconſultos frequentius eſt, quàm vt iure publico fieri dicant quod fit ex legibus, vt cùm ſcribunt teſtamenti factionem eſſe iuris publici *l. 3. D. qui teſtam. facer. poſſ.* quia eſt ex lege 12. tabul. *l. verbis legis 120. de verb. ſignif.* Ius publicum priuatorum pactis mutari non poſſe *l. ius publicum 38. de pact. l. Neratius 20. de relig. l. 1. §. ſi inter De magiſtr. conuen.* Iure publico retentionem falcidiæ competere *l. quod bonis 15. §. 1. ad leg. falcid.* id eſt ex lege falcidia quæ non patitur teſtatorem legare ſupra dodrantem *l. 1. eod.* Sed his omnibus locis & aliis ſi qui ſunt eiuſmodi *ius publicum* dicunt Iureconſulti longè alio ſenſu quàm Vlpianus in hac iuris diuiſione, ſcilicet non quatenus ad rei romanæ ſtatum pertinet, ſed quatenus commune eſt priuatorum & ciuium omnium. Id enim legum omnium proprium eſt, vt ciues omnes obligent, ob ídque generales eſſe debeant *l. iura 8. D. de legib.* vt iis conueniat illa legis diffinitio à Papiniano tradita *in d. l. 1. de legib. Lex eſt commune præceptum, communis reipublicæ ſponſio.* Cui adde ex Demoſthene in *l. 2. eod. ad cuius præſcriptum omnes qui in ea republica ſunt, vitam inſtituere debent.* Primáque lex duodecim tabularum ea fuit *Priuilegia ne irroganto* ne qua induceretur lex priuata, id eſt quæ ciuibus omnibus communis non eſſet, nec certã perſonã egrederetur. In quo differũt leges à Principũ conſtitutionibus, quarũ aliæ ſunt generales, aliæ ita perſonales vt perſonam ad quam aut de qua reſcriptum eſt non tranſgrediantur, nec ad exemplum trahi poſsint *§. ſed & quod Principi infr. tit. prox.* vbi huius differentiæ rationem adferemus. Itaque *ius commune* plerumque dicunt Iureconſulti, pro eo quod alibi *ius publicum*, vt cùm idem Papin. ſcribit *in l. inter eos 51. §. pen. de fideiuſ.* non videri deceptum eum qui iure communi vſus eſt. Ex quo reſponſo ſumptum videtur quod Imp. Zeno reſcripſit *in l. vlt. C. de in integr. reſt. minor.* non intelligi circumſcriptum minorem, qui iure ſit vſus communi. Eodem enim ſenſu ſcriptum eſt in regula iuris Non capi eum qui ius publicum ſequitur *l. nihil conſenſui 116. §. 1. De regul. iur.* quomodo & communem vtilitatem pro publica dixit Iulianus in *l. ita vulneratus 51. §. vlt. ad leg. Aquil.* Dicitur etiam ius illud perpetuum *in l. ſi duorum 42.* iis verbis *an non facit dolo, qui iure perpetuo vtitur D. de action. empt.* Perpetuum enim eſt quod à lege tanquam à cauſa ſua proficiſcitur, cùm lex non ſolùm perpetuò viuere, ſed etiam perpetuò loqui intelligatur, Vnde illa prudentibus noſtris adeò familiaris locutio *Ait lex, verba legis,* & ſimiles pleræq;. Cæterum & cõmune & publicũ & perpetuũ ius illud dicitur ad differẽtiam eius iuris quòd ex priuatorũ cõuentionibus non niſi priuatim, acquiritur, & in id vſq; tempus quo conuentio effectum ſortita ſit aut ſortiri poſſe deſierit. Qua ratione idem noſter Papinianus eleganter ſuo more ſcripſit *in l. vlt. De ſuis & legit. priuatorum conuentiones legum autoritate non cenſeri.* Sunt tamen etiam leges quædam præſertim in duodecim tabulis quæ alio ſenſu poſſunt dici iuris publici, nẽpe quia pertinẽt ad ſtatũ rei romanæ, vt quæ ſunt de ſacris, de ſacerdotijs, de magiſtratibus: in his enim tribus, vt Vlp. ait, ius publicũ cõſiſtit. Quod ius publicum hoc ſenſu cùm dicimus, non illud ſignificamus quod ſit commune, ſed è contrario quod proprium ſit, ne dicã quodammodo priuatum ipſius reipublicæ. Aliud enim eſt, vniuerſitatis quid eſſe, aliud

l. 1. D. de legib.

Ius commune.

l. vlt. C. de in integr. reſtit. minor.

l. vlt. D. de ſuis & legit.

priuatorum, Aliud esse quid commune, aliud publicum etiam in generali rerum omnium diuisione, Aer est communis omnibus, non publicus, Campus Martius publicus non communis. Vt dicemus latiùs ad *tit. De rer. diuis. lib.* 2. Sic dicimus, quod vniuersitati debetur singulis ex vniuersitate non deberi, nec contrà debere singulos quod vniuersitas debet *l. sicut 7. §. si quid D. quod cuiusc. vniuer. nomin.* Denique ius etiam naturale & gentium dicitur commune ad differentiam ciuilis quod est proprium ciuitatis *l. 6. D. hoc tit.*

ILLATIO I.

De potestate iuris publici in priuatos.

L. ille à quo 13. §. vlt. cũ l. seq. D. ad SC. Trebell.

EX hoc Principio fit quod Vlpianus scribit *in l. ille à quo 13. §. vlt. D. ad SC. Trebell.* Si quis filiusfamilias sit, & magistratum gerat, id est sit prętor fideicõmissarius (de illo enim magistratu loquitur quẽ fauore fideicommissorũ Diuus Claudius in rempu. primus inuexit *l. 2. §. capta deinde Sardinia ver. post deinde De orig. iur.*) patrem suum in cuius potestate sit, suspectã dicẽtem hereditatem cogere posse vt adeat & restituat. Nã vt Hermogenianus subiicit *in l. seq.* quod ad ius publicũ attinet, filius nõ sequitur ius potestatis, id est patrisfamilias loco ipse habetur *l. filiusfamilias 9. D. de his qui sunt sui vel alie. iur.* Facit *l. apud filiumfamilias 18. D. de manum. vindict.* Vbi notãdum est *ius publicum* dici propriè quatenus ad statum reipublicę spectat, & ex qua parte cõsistit in magistratibus, Ad differentiã iuris priuati, id est priuatorũ gratia per legislatorem ciuilẽ introducti, Quale est proculdubio ius patriæ potestatis. Et enim proprium ciuium romanorũ vt Iustin. scribit *in §. ius autem potestatis infr. De patr. potest.* Ideo autem non sequitur filius ius potestatis in iis quæ ad ius publicum pertinent, quod iuris publici causam semper potiorem esse quàm priuati intersit publicè, & consequenter ipsorum etiã priuatorũ, quódque reipublicæ priusquàm parentibus optimus quisque natus intelligitur. *l. 1. §. & generaliter 15. De ventr. in poss. mitt. l. 19. §. filius De captiu.* Ortus nostri, inquit Cicero, partem patria, partem parentes, partem amici sibi vindicant, Ergo patria primã & potiorem. Vnde etiam est quod parentis vicem magistratus sustinere dicitur *in l. 4. C. de defens. ciuit.* Item quod ex causa publicæ vindictæ & vtilitatis etiam ob scelus patris interdum bona paterna filiis auferuntur, quamuis alioquin iis debita ratione naturali vt contingit in crimine læsæ maiestatis *l. quisquis 5. C. ad leg. Iul. maiest.* iunct. *l. vlt. D. de bon. damnat.* Denique vt intelligas ius rei publicę potentius esse quàm patrię potestatis, habuit semper respubl. habet nunc, & in perpetuum habebit ius vitæ & nec is in ciues suos, quod parentes iure patriæ potestatis, etsi olim habuerunt, nunc tamen non habent *l. in suis 11. De liber. & posthu. l. vlt. C. de patr. potest.* at ne quidem domini in seruos *§. vlt. Inst. de his qui sunt sui vel alien. iur.* Vide text. elegantem *in l. honor 14. §. plebeij D. de muner. & honor.*

L. 1. §. & generaliter 15. D. de vent. in poss. mitt. l. 19. §. filius De captiu. & postlim.

L. honor. 14. §. plebeij De muner. & honor.

TIT.

TIT. II.

De iur. natur. gent. & ciuil.

PRINCIPIVM I.

De iure naturali.

DEFINITIO IVRIS NATVRALIS.



VS naturale est, quod circa eas res versatur quas cætera quidem animantia faciunt solo instinctu & impetu quodam naturæ, homines verò cum ratione. Sic enim omnino accipiendum est quod Iust. scribit initio huius tit. ex Vlpiano *in l.1.§.ius naturale D.eod.tit.* Ius naturale esse quod natura omnia animalia docuit, & Ius hoc non humani generis proprium esse, sed omnium animalium quæ in terra, quæ in mari nascuntur, auium quoque commune esse, Denique etiam feras huius iuris peritia, censeri, materialiter scilicet non formaliter. Nam cùm ius omne semper æstimandum sit ex ratione, ita vt vbi ratio non est, ita nec ius sit, quemadmodum diximus illat.3.ad Princip.1.tit. superioris, consequens prorsus est quod etiam ibi adnotauimus, vt bruta animantia sicut rationis expertia sunt, ita nec iuris capacia sint, nec iniuriæ, ita vt si quando lædant, & offendant, non iniuriam sed pauperiem facere dicantur *l.1.§.1.D.si quadrup.pauper.fecis.dicat.* Et verò fieri non potest vt quicquam sit iuris naturalis quod non priùs sit iuris, Qualitas enim illa *naturalis* non potest esse sine subiecto *l.3.in fi.D. de capit.minut.l.eius qui 41.versic.quare si nulla* D.*de reb.cred.* Proinde *edere, bibere, dormire*, & alia similia quæ & homines & bruta animantia omnia peræquè faciunt nō dicētur esse iuris naturalis, quoniam sic ab hominibus fiunt vt à brutis, id est, ex naturæ necessitate potiùs quàm aliqua ratione. Quam si hîc interuenire necesse esset, maiorem vtique in brutis quàm in homine reperiremus. Cæteris enim animantibus à natura illud insitum est vt neque edant, neque bibant, neque dormiant, nisi quantum ad vitam tuendam necesse est, hominum verò plerique & crapulæ & somno ita se dedunt vt videantur credere non ad aliud se natos esse, quàm vt ventrem crapulâ expleant, diem somno. Húcq; pertinet exemplum illud ab Vlpiano & Iustiniano allatum de maris & fœminæ coniunctione quam nos matrimonium appellamus. Non enim quamlibet maris ac fœminæ coniunctionē iuris naturalis esse volunt, sed cum hac adiectione *quam nos matrimonium appellamus*. Nimirum quia sola maris & fœminæ coniunctio hæc est quæ inter homines fit cum ratione. Cæteræ omnes extra legitimas, iustásque nuptias sunt illegitimæ, & sicut rationis non sunt, ita nec iuris naturalis. Idémque est de liberorum procreatione & educatione. Sunt enim istæ quoque iuris naturalis si fiant cum ratione. Itaque pone susceptos liberos, & procreatos ex coitu damnato & nefario. Nullo iure debebitur

l.1.§.ius naturale D.de instit.& in.

educatio, adeò vt nec huiusmodi liberis quicquam relinquere pater possit, ne quidem in causam alimentorum, tanquam quos non solùm lex nullo modo agnoscat, sed nec natura ipsa, vt ait Iustin. *Nouell. 89. cap. vlt.* vnde sumpta est *auth. ex complexu C. de incest. nupt.* Alioqui non posset per constitutiones ciuiles immutari id quod esset iuris naturalis *§. vlt. infr. hoc tit.* Etsi iuris pontificij æquitate hoc correctum est iniunctáque necessitas parentibus educandi liberos quantumlibet ex damnato coitu susceptos iisque alimenta relinquendi ne fame pereant *c. cùm haberet Extr. De eo qui dux. in matrim.* Nec obstat *l. lex naturæ 24. de stat. hom.* Sic enim accipienda est non vt ex iure naturali sit coniunctio maris & fœminæ extra iustas nuptias, sed vt non eo minùs mater liberos à se vulgo quæsitos agnoscere debeat tanquam natura suos, licèt nullo iure susceptos.

l. lex naturæ 24. D. de stat. hom.

PRINCIPIVM II.

De essentia iuris naturalis. Et quantum sit inter rationem naturalem & ius naturale.

IVs naturale æstimatur ex ratione naturali. Nam si ius omne semper ex ratione æstimandum est, consequens fit vt ratio naturalis ea sit, quæ constituit ius naturale. Neque tamen id ita accipi oportet quasi ratio quælibet naturalis sufficiens sit ad inducendum ius naturale. Quid enim si in contrarium alia ratio naturalis vrgeat, eáque fortior & potentior? Exemplis res fiet illustrior. Facit naturalis ratio & quidem non parua, vt pacta omnia quæ nec contra leges nec contra bonos mores sint seruari oporteat *l. 1. D. de pact.* vbi scribit Vlpianus edicti illius æquitatem esse naturalem, quia nihil tam congruum sit fidei humanæ quàm ea quæ inter quosdam placuerint, obseruari: quod & repetit *in l. 1. D. de constit. pecun.* Et tamen si pupillus sine tutoris autoritate aliquid promiserit siue per pactum siue per stipulationem, placet eũ nullomodo obligari, ne quidem iure naturali, imo quod magis est nec mutuam pecuniam accipiendo *l. quod pupillus 41. de cond. indeb. l. pupillus 59. D. de oblig. & action.* Nimirum, quia contraria naturalis ratio facit pro pupillo, propterea quòd per naturam ipsam fiat vt pupillus in ea ætate iudicio careat, sine quo efficaciter illum obligari æquum esse non potest. Et est ratio hæc & æquitas naturalis tanto fortior quantò specialior. Specialia enim magis afficiunt, quàm generalia. *l. si quis mihi 25. §. sed vtrum generaliter. D. de acquir. hered. l. 2. C. de seru. pignor. dat. manum.* Nec est contrarium quod plerisque iuris locis scriptum est pupillum etiam qui sine tutoris autoritate promiserit vel pecuniam mutuam acceperit obligari naturaliter, ideóque fideiussorem vtiliter dare posse *l. si pupillus 35. De recept. qui arbitr. l. vlt. D. de iureiur. l. si pupillus 21. D. ad leg. falcid. l. cùm illud 25. §. heres meus D. quãd. dies legat. ced. l. 1. D. de nouat. l. in numerationibus 44. l. Stichum aut Pamphilum 95. §. naturalis D. de solut.* Aliud enim est obligari quẽ naturaliter, aliud verò obligari iure naturali, aut, quod idem est, natura. Obligatio namque naturalis tota æstimatur non ex iure naturali, sed ex facto solo quod naturalem aliquam inducat æquitatem, cùm illo etiam casu quo ius naturale inducitur ex ratione naturali, rationem ipsam & æquitatẽ naturalem (nihil enim inter vtramque interest, quamuis intersit inter rationem iuris ciuilis & æquitatẽ natu-

De naturali obligatione pupilli.

l. quod pupillus 41. D. de condict. indeb. l. pupillus 59. De oblig. & action.

l. si pupillus 35. De recept. l. vlt. D. de iureiur. l. si pupillus 21. D. ad leg. falcid. l. cùm illud 25. §. heres meus D. quand. dies legat. ced. l. 1. D. de nouat. l. in numerationibus 44. l. Stichũ 95. §. naturalis De solut.

naturalem) præcedere sit necesse. In eámque rem textus est perelegans *in l. nec seruus* 41. *D. de pecul.* vbi scriptum est, nec seruum quicquam debere posse nec seruo deberi, sed cùm eo verbo abutimur, factum nos magis demõstrare, quàm ad ius referre obligationem. Sic enim lego expuncta dictione *ciuile* quia factum opponitur iuri simpliciter *l. Aurelius* 28. *§. Sticho* 7. *D. de liber. legat.* non autem iuri ciuili magis quàm naturali. Sanè naturale debitum opponitur ciuili etiam in persona serui *l. quibus diebus* 40. *§. dominus D. de condic. & demonstr.* ex quo fortasis loco parum cautus interpres sumpsit dictionem illam *ciuile*, sed aliud est vt dixi de naturali debito, aliud verò de eo quod iure naturali debeatur disputare. Deniq; naturaliter fieri dicitur quod re vera fit, & vt loquuntur de facto licèt nullo iure, vt cùm dicimus tabulas testamenti aperiri naturaliter *l. 3. §. aperire* 19. *D. ad SC. Silan.* & naturaliter possidere illos etiam qui non habent possidendi nec rem tenent animo domini vt commodatarium, depositarium, & alios similes *l. communi* 7. *§. neque colonis D. commun. diuid. l. 3. §. vlt. & l. 4. D. ad exhib.* iunct. *l. certè* 6. *§. is qui rogauit D. de precar.* Item in contractibus venditionum & locationum licere contrahentibus se naturaliter decipere *l. in causæ* 16. *§. idem Pomponius D. de minor. l. item si precio* 22. *§. vlt D. locat.* id est vt Doctor meus D. Manutius interpretabatur, reipsa, ad differentiam deceptionis ex proposito interuenientis quæ numquam permissa est præsertim in bonæ fidei contractibus. Etsi alia quoque illius dictionis interpretatio esse potest quam nos in Decadib. attulimus *Decad.* 8. *Error.* & in Rationalibus. Pupillus igitur siue stipulanti promittat, siue pecuniam mutuam accipiat sine tutoris autoritate obligatur naturaliter, licèt non obligetur iure naturali, quia verum est eum & stipulanti promisisse & mutuam pecuniam accepisse, quæ omnia facti sunt non iuris *l. consilio* 9. *§. vlt. D. de curat. furios.* Quòd si is natura debet quem iure gentium dare oportet, ac cuius fidem secuti sumus, vt ait *l. cùm amplius* 84. *§. is natura debet de regul. iur.* nemo dixerit pupillũ iure gentiũ dare debere, quia nec nisi stultè potest quis sequi fidem pupilli in ea ætate constituti quæ ignorat illa etiam quæ videt *l. 1. C. de fals. monet.* & quæ indicio prorsus caret. Dices pactum à pupillo initum sine tutoris autoritate ideo nullũ esse quod sit contra iuris ciuilis regulas vt Caius scribit *in l. contra* 28. *de pact.* Ius enim ciuile non patitur vt pupillus obligetur nisi cùm vel tutore autore contrahit vel locupletior factus est, post rescriptum scilicet Diui Pij *l. 3. §. pupillus D. de negot. gest.* Proinde non posse rationem illam facere quominùs etiamsi nec tutore autore contraxerit nec locupletior factus sit iure naturali obligetur. Respondeo dici pactum illud esse contra regulas iuris ciuilis, quia ex iure ciuili est vt pupillus habeat tutorem, & vsque ad certam ætatem, sed non ideo fieri, quin etiam naturali iure destituantur pacta omnia per pupillum sine tutore & sine iudicio inita In eóque rationẽ iuris ciuilis subsequi ius naturale, sicut & in eo quod tandem Diuo Pio placuit vt ob ea etiam quæ pupillus sine tutore gesit vtiliter conueniri posit quatenus locupletior factus est, multóque minùs repetere posit si soluerit, nam hoc natura, id est iure naturali æquum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem *l. naturaliter* 13. *§. vlt. cum l. seq. D. de condict. indeb.* Si soluerit, inquam, tutore autore. Alioqui persona locum facit repetitioni si pupillus sine tutore soluerit etiam quod tutore autore & ex iusta causa debuerat, quia pupillo inter-

l. nec seruus 41. de pecul. emendata

l. quibus diebus 40. §. dominus De condic. & demonstr.

Naturaliter aliquid fieri quid sit

l. contra 28. D. de pact.

dictum est omni alienatione *leg. interdum* 29. *eod.* quemadmodum è contrario si tutore autore soluerit, quod sine tutore promiserat repetit, non propter personam, sed propter rem, quia nec natura debet inquit *dicta l. quod pupillus* 41. *eod.* Vnde etiam est, quod quamuis prætor in edicto *De constit pecun.* faueat naturali æquitati & constituta ex consensu facta custodiat, quia graue est fidem fallere *d.l.* 1. *in princip. de const. pec.* non tamen tuetur constitutum à pupillo factum sine tutoris autoritate *§. de pupillo ead. leg.* Quamquam dici potest id fieri quia ea demum pacta tuetur prætor quæ non sint contra leges *l iuris gentium* 7. *§. ait prætor* D. *de pact.* quale hoc esse iā diximus ex *d. l. contra.* Sed iam sumus in hoc exemplo longiores, déque tota illa quæstione pupillaris obligationis scripsimus latiùs in posterioribus libris coniecturarū. Aliud exemplum ex quo appareat non omnem rationē naturalem sufficere ad inducendum ius naturale, sumi potest ex factione testamenti. Quid enim rationi naturali magis consentaneum est, aut quid magis hominibus debeatur, quàm vt supremæ voluntatis, post quam aliud iam velle non possunt, liber sit stylus, & licitum quod iterum non redit arbitriū? *l.* 1. *C. de sacros. eccles.* Nam & ex eo fit vt nulla vnquam fuerit gens tam fera & barbara quæ testamentorum vsum non habuerit. Et tamen certum est testamenti factionem non esse iuris naturalis aut gentium, sed ciuilis, quia sine lege non poterat homo testari, vt dicemus in sequentibus, obstante nimirū alia ratione non solùm naturali sed etiam multò fortiore, quæ non patitur vt quis disponere posit de re aliena, quomodo disponit quisquis testatur licet non nisi de suis rebus testetur, quia scilicet confert effectum suæ dispositionis in id tempus quo non erit dominus, id est quo erit mortuus, vt constat ex diffinitione testamenti *l.* 1. D. *qui testam. fac. poss.* Certum enim est morte amitti dominium sicut & cætera omnia, Itémque dispositionem quamlibet censeri factam eo tempore in quod effectus ipsius confertur *l. Stichus* 39. *D. de manum. testam. l. quod sponsa* 2. *C. de donat. ant. nupt.* Et sicuti dicimus eas res quæ per traditionem nostræ fiunt iure gentium nobis acquiri, propterea quòd nihil sit tam conueniens naturali æquitati, quàm voluntatem domini volentis in alium transferre volentis ratam haberi *l. qua ratione* 9. *§. hæ quoque res. D. de acquir. rer. domin l. in re mandata* 21. *C. mandat.* Ita è contrario fieri non potest, vt iure naturali aut gentium dominium transferat is qui non est, sed ne homo quidem. Mortuus enim, nullus est *l.* 4. *in princip. de bon. libert.* iūct. *l.* 3. *§.* 3. *De legit. tutor.* De parentum hereditate liberis debita ex ratione non item ex iure naturali. Tertium exemplum hoc esto. Ratio naturalis quasi lex quædam tacita liberis addicit hereditatem parentum velut ad debitam successionē eos vocando *l. vlt. D. de bon. dam.* Et tamen non bene quis dixerit hereditatem parentū deberi liberis iure naturali, cùm ipsum hereditatis nomē sit cōmentum & nomen iuris ciuilis *l. hereditas* 50. *D. de petit. hered.* Nec magis poterat fieri sine lege ciuili vt pater filiū haberet heredem ab intestato quàm ex testamento *l. lege obuenire* 130. *de verb signif.* cùm *heredis nomen significet dominū §. vlt. Inst. de her. qual. & differ.* dominiū autē morte amittatur vt proximè diximus. Quod cùm ita sit, æquè falsum erit quod vulgo tradunt interpretes legitimā debitā esse liberis iure naturali in bonis parentū. De quo tractat Gothof. *ad d. l. vlt.* Debetur sane ratione naturali, sed non iure, ideóque ante introductum remedium querelæ inofficiosi testamenti poterat

De factione testamenti an sit ex iure naturali an ex ciuili.

erat filius immerenter impunè exheredari. Hodie debetur iure prorsus ciuili non minùs quod ad substantiam quàm quod ad quotam.

De iure naturali congruente cum iure gentium.

OBseruandum autem est nos in hoc Principio intelligere de eo iure naturali quod non sic dicatur ad differentiam iuris gentium quomodo dicitur illud quod circa eas res versatur quæ hominibus communes sunt cum brutis animantibus, sed quod è contrario non discrepet ferè quicquam à iure gentium. Nam & ius gentium æstimatur ex ratione naturali, vt dicemus in sequentibus. Nec in alio differt ius gentium à iure naturali propriè ac separatim sumpto, nisi quod illud consistit in ijs rebus quas cætera quoque animalia faciunt instinctu naturæ: hoc verò in iis quas soli homines, & quidem ratione naturali duce. *l.1.§ vlt. D. hoc tit.* iunct. *l. omnes populi, vers. quod verò eod.* Etsi fit interdum vt ratio quæ constituit ius gentium & ex qua illud æstimatur, non tam naturalis quàm humana id est gentium ratio dici debeat, vt puta cùm dicimus seruitutes iure gentium introductas esse *l. manumissiones 4. eod.* Sed de iure gentium separatim nobis tractandum erit.

CONFVT. I.

De distinctione iuris naturalis in primæuum & secundarium.

COntra hoc Principium pugnat vulgaris traditio interpretum nostrorum distinguentium ius naturale in primæuum vt loquuntur & secundarium. Nam si ius naturale omne ex ratione naturali æstimandum est, ratio autem naturalis illa dicitur quæ hominibus omnibus insita est à natura, fieri nullo modo potest vt quod ius ab initio & primùm naturale non fuit, euadat vnquam in naturale, non magis quàm vt hodie ratio naturalis aliqua sit quæ aliquando anteà non fuerit. Quod sanè non nisi absurdè quis dixerit. Ratio enim naturalis perpetua est & immutabilis, ideóque & ius naturale perpetuum & immutabile, vt dicemus Princip. seq.

PRINCIPIVM III.

De constantia & immutabilitate iuris naturalis.

IVs naturale est immutabile, semper certum, semper firmum, nec per iura ciuilia corrũpi potest. *§. vlt. infr. hoc tit.* vbi rationem Iustinianus reddit, quòd diuina quadã prouidentia constitutum esse videatur. Et sanè ita est. Nam cùm semper æstimandum sit ex ratione naturali, vt proximè diximus, & ratio illa naturalis nihil aliud sit quàm singulare donum Dei quo humana mens quælibet illustratur, vt ea videre posset quæ & diuinæ voluntati, & legibus sint cõsentanea (ad quod multi referunt elegans illud verbum Dauidis *signasti super nos lumen vultus tui Domine*) fatendum est fieri non posse vt certum firmum & immutabile nõ sit ius quod est naturale. Idem enim in rebus omnibus euenit vt perpetuum esse credatur, & sit, omne id, quod causam habet naturalem *l. foramen 28. De seruit. vrb. præd.* In eóque maximè differt ius naturale à iure ciuili. Illud enim sicut ex ratione ciuili æstimatur, ratio autem ciuilis ex populi vtilitate, Ita & varias pro legislatoris arbitrio, & pro temporum ac locorum varietate recipit mutationes, cùm non semper & vbiq; vtile sit quod aliquan-

§. vlt. In§. hoc tit.

do aut alicubi vtile fuit *l. vnic. in princip. C. de caduc. toll.* vbi apposité Dionys. Gothofr. citat verbum illud L. Valerij apud Titũ Liuium lib. 34. *Quæ s tempora aliqua desiderant leges, mortales & temporibus ipsis mutatas video: Quæ in pace latæ sunt plerumque bellum abrogat, quæ in bello, pax.* Sed & quod magis est differt hac in re ius naturale à iure gentium. Etsi enim verum est, quod superiore Principio dicebamus, iuri gentium commune illud esse cum naturali, vt vtrumque ex ratione naturali æstimetur, tamen in constituendo iure gentium ea naturalis ratio spectatur, non quę naturam ipsam ducem semper habeat, sed quæ ad communem gentium omnium vtilitatem referatur. Sic dicimus seruitutes introductas esse ex iure gentium, quas tamen constat & iuri naturali & naturæ ipsi esse omnino contrarias cùm natura liberi omnes nascantur: Et ideò immutatum ius hoc est adeóque abrogatum apud Christianos tanquam christianis & moribus & legibus contrarium, quod non eueniret si esset ius naturale. Gratia enim, vt aiunt Theologi naturam numquam destruit, semper supponit.

ILLAT. I.

De emancipatione quæ sui heredis nomen tollit non filij.

Tit. De bonor. poss. cõtr. tab.

EX hoc Principio fit vt filius emãcipatus quãuis per emancipationem desinat esse suus heres non tamẽ desinat esse filius, sed à prætore perinde admittatur ad bonorũ possessionẽ, acsi in patris familia mansisset *l. 1. De bonor. poss. cõtr. tab.* quia emãcipatio quę est iuris ciuilis, potest extinguere nomẽ sui heredis quod itidem est ex iure ciuili, sed nõ filij ius & nomẽ quod est à natura. Eiusmodi sunt alia innumera quæ inter legendum passim occurrunt.

PRINCIPIVM IV.

De iure gentium, & in quo differat à iure naturali.

l. omnes populi 9. D. de iusti. & iur.

QVod naturalis ratio inter omnes homines constituit, id ius gentium appellatur *§. 1. hoc tit.* qui locus sumptus est ex *l. omnes populi 9. D. de iustit. & iur.* Æstimatur ergo ius gentium sicut & ius naturale ex ratione naturali, vt diximus *ad Princip. 2. & 3. sup. eod.* An igitur vnum idémque erit ius naturale & gentium? Aut in quo different? Hoc quoque iam attigimus cùm diximus, Posse ius naturale dupliciter accipi, vno modo quatenus versatur circa eas res quæ hominibus & brutis animantibus sunt communes, Et hoc sensu licèt cum iure gentium simile illud habeat, quod æstimatur ex naturali ratione, differt tamen in eo quod circa eiusmodi res nunquam ius gentium versatur, sed circa eas quæ propriæ sint generis humani. Quare nemo vnquã dixit matrimonium esse iuris gentium tametsi inter omnes homines constitutum sit & introductum ex summa ratione naturali, neque fere vlla gens sit quæ eo non vtatur. Habet enim pro materia, maris & fœminæ coniunctionem quæ homini communis est cum brutis. Altero modo dicitur ius naturale etiam quod ad eas res quæ hominum propriæ sunt, vt cùm dicimus obligari aliquem iure naturali ex pacto, aut ex contractu. (nec enim bruta animantia vel pacisci vel obligari vllomodo possunt.) Et hoc sensu parũ certè aut nihil interest inter ius gentium & naturale, *§. singulorum instr. de rer. diuis.* ita vt is natura debere dicatur quem iure gentium dare oportet *d. l. cum amplius 84. §. is natura debet. De regul. iur.* Nisi quod ratio illa naturalis non semper

§. singulorum inst. de rer. diuis. l. cum amplius 84. §. is natura debet de regul. iur.

per

Per & ipsa quoque eodem modo accipitur. Interdum namque refertur ad naturam ipsam, totáque ex ea ęstimatur, Quod cùm euenit, possis non malè dicere iuris gentium esse quod sit iuris etiam naturalis, & contrà, iuris naturalis esse quod sit etiam iuris gentium: *l. bona fides. 31. Deposit.* Vt puta religionem erga Deum, quæ sicut brutis nullomodo conuenit, ita & è contrario hominibus sic insita est à natura ipsa, vt non dubitauerit adfirmare Lactantius quem etiamnum permulti sequuntur, hominem à brutis animantibus non tam ratione & ratiocinatione quàm religione differre. Quidni ergo dici poterit iuris naturalis? Nam & in religione ratio summa adhibenda est, & moderatio ne deflectat in superstitionem *l. si quis aliquid 30. D. de pœn.* Et tamen iuris gentium eam esse scribit Pomponius *in l. 2. D. hoc tit.* Sicut & pietatem illam ac obseruantiam quam parentibus nostris debemus. Quæ tamen multò magis dici potest iuris naturalis, *arg. l. 1. §. & generaliter de ventr. in poss. mit.* cùm videamus bruta quæque animantia, vt cum Vlpiano & Iustiniano minùs propriè loquar, huius quoque iuris peritia, censeri. Sic & Florentinus *in l. 3. eod. tit.* iuris gentium esse ait vt vim & iniuriam propulsemus, Nam iure hoc euenit, inquit, vt quod quisque ob tutelam sui corporis fecerit iure fecisse existimetur: Cúmque inter nos cognationem quandam natura constituerit, consequens est hominem homini insidiari nefas esse. Et tamen dubitari non potest quin iuri naturali magis quàm iuri gentium id acceptum ferri debeat. Est enim hæc res ex earum genere quas natura docuit omnia animalia facere solo impetu naturæ, homines verò cum ratione. Siquidem, vt Cicero scribit *lib. 1. de Offic.* Principio omni generi animantiũ à natura est tributum vt se vitámque suam tueatur, sed quod bruta animãtia faciunt efferatè, id homines facere debent cum ratione vt iure facere videantur, id est vim quidem & iniuriam illatam propulsare, sed cum inculpatæ tutelæ moderatione vt loquitur *l. 1. C. vnde vi.* Non enim si quis ab alio impetitus eum occiderit quo viuo potuit saluti suæ consulere, eo magis immunis est à pœna licèt minùs sit puniendus, Qui vtique omnino absoluendus esset, si iure naturali occidisse crederetur. Vulgatum namque est id quod iure permittente fit pœnã nõ mereri. *l. Gracchus 4. C. ad leg. Iul. de adult.* Dicitur tamen esse hoc ex iure gentium non quia gentibus omnibus sit commune (alioqui similiter dicendum esset matrimonium & liberorum procreationem & educationẽ aliáque huiusmodi quæ propriè sunt iuris naturalis, iuris quoque gentium dici oportere) sed habito respectu ad cognationem illã quam inter homines constitutam à natura fuisse Florentinus ait, Est enim illa solis hominibus communis non etiam brutis animantibus, vnde & societatem humanam semper dicimus, belluinam numquam. Sed ratio hæc concludit potiùs vt quisquis vim facit, ius gentium violare existimandus sit, quàm vt iure gentium ac non magis iure naturali facere dicatur quisquis illatam iniuriã propulsat, dũmodo vt dixi cum moderatione inculpatæ tutelæ. Interdum verò ratio illa naturalis ex qua ius gentium æstimatur, non ad naturam ipsam vt in supradictis exẽplis, referenda est, sed ad cõmunẽ gentiũ omniũ vtilitatem, quæ exigit plerũq; vt etiam ad humanã societatẽ tuendã ea quoq; induci necesse sit quę alioquin per se & simpliciter cõsiderata ab eiusmodi societate prorsus aliena esse videantur. Huius generis sunt bella, captiuitates, seruitutes, dominiorũ etiã distinctiones, quæ omnia iuris gentiũ esse nemo

Ratio naturalis interdum ex natura ipsa æstimatur, interdum verò ex gẽtium & pupillorum vtilitate.

l. 2. & 3. D. de iustit. & iur.

De ratione naturali æstimanda ex communi gentium omnium vtilitate.

dubitat *l.4.& 5.D.hoc tit.* nec nisi summa vrgente non solum vtilitate sed etiam necessitate fuisse eo iure comparata, cùm alioqui per malos & improbos homines fieret quotidie vt neque inter bonos constare humana societas posset. Et tamen quid ab humana societate, quæ communionem, ne dicam communicationem rerum omnium supponit *l.1.D.pro socio.* dici potest alienius, quàm vt quod meum est non sit tuum, vt bella inuicem geramus, denique vt vel tu mihi seruias vel ego tibi? Atqui confusio illa dominiorum licèt à Platone probata quantas discordias pareret inter homines nullo etiam sanguinis aut patriæ iure coniunctos, quæ passim etiam inter fratres tantas parit? *l.in re communi 26.D.de seruit.vrban.præd.l.cùm pater 77. §.dulcissimis 20.De legat.2.* Quæ rursum pax cum impiis foret, si bella non essent? Finis enim belli, pax, Tritúmque vetus illud verbum *si vis pacem para bellum.* Denique quis bellorum finis esset, in quæ multi n n solùm homines sed etiam populi tam facilè præcipites ruunt, nullo mortis metu deterriti, si non captiuitates & seruitutes timerentur, ab iis etiam qui mori vellent? Itaque dubitandum non est quin si communem vniuersarum gentium vtilitatem inspiciamus, introducta sint hæc omnia, summa cum ratione etiam naturali: quamuis si hos aut illos homines aut populos spectemus, & vel hæc vel illa bella, possint habere, ac vt plurimùm habeant, multum iniquitatis. Quid enim si iniustissimum bellum à potentiore geratur in eum qui viribus longè inferior sit, quamuis iure superior? Quis bellum illud ex parte inferentis dicat esse iuris gentium quod fiat per manifestam iniuriam? Quis victo tandem captóque eo qui iure potior fuit captiuitatem illam & seruitutem adeò iniuriosam iuris gentium dici patiatur? Neque tamen eo minus verum est generaliter dicere bella ex iure gentium, nec sine magna ratione naturali introducta esse, itémque captiuitates & seruitutes, inspecta scilicet cõmuni gentiũ omnium, non priuata huius vel illius Principis aut populi vtilitate. Abusus enim bellorum ille est, non vsus. Porrò sic considerata ratione naturali, quatenus ex gentium omnium vtilitate æstimatur, & ad tuendam illam societatem humanam refertur, quam inter homines omnes natura ipsa constituit, nunquam fieri potest vt quæ sunt iurisgentium, ea iuris quoque naturalis esse videantur. Quis enim bella, captiuitates & seruitutes iuris naturalis esse vnquam dixit, quantumuis naturali ratione nitantur?

ILLAT. I.

De iis quæ apud omnes gentes æquè recepta sunt, nec tamen sunt iuris gentium.

l.omnes populi 9.D.de instit.& iu.

EX hoc Principio illud fit, vt quamuis quod naturalis ratio inter omnes homines constituit peræquè apud gentes omnes custodiatur *l.omnes populi 9.in fin.D.de instit.& iur.* nõ tamen ex eo quod apud gentes omnes quid receptum sit, iuris gentium continuò dici debeat, si non prætereà ob id maximè ab omnibus receptum sit, quod rationem habeat naturalem. Nam cùm ex ratione naturali semper æstimandum sit ius gentium, parum refert an quod ratione naturali primùm comparatum est ab omnibus populis receptum sit necne, vt iuris gentium esse vel non esse existimetur. Fieri siquidem potest, licèt rarius & difficiliùs, vt illa etiam quæ naturalem rationem habent, & ad communem gentium omnium vtilitatem pertinent, non tamen ab omnibus gentibus sint recepta, idque propter specialem aliquam & propriam rationem, vt de seruitutibus diximus ad Principium præcedens. Sunt enim illæ ex iure gentium introductæ, nec tamen inter Christianos nullomodo receptæ, tanquam à Christianæ religionis sanctitate prorsus alie-

alienæ. E cõtrario sæpenumero euenit vt quæ sunt omnino iuris ciuilis, meráque ciuili non etiam naturali ratione introducta, non eo minus apud gentes omnes tandem sint recepta. Quid enim toto terrarum orbe frequentius, vsu testamentorum & stipulationum? Et tamen quid certius quàm quod iam diximus, & latiùs infrà probabimus testamenta esse iuris ciuilis? Aut quis vnquam dixit stipulationes esse ex iure gentium? Scilicet quamuis eo testamentorum & stipulationum iure gentes omnes vtantur, semper tamen verum est ciuili prorsus non etiam naturali aliqua ratione introducta fuisse testamenta, & comparatas stipulationes. Nec est contrarium quod Vlpianus scribit *in l. an inutilis 8. §. vlt. D. de accept.* hoc iure nos vti vt iuris gentium sit acceptilatio. Sic enim omnimodo id accipiendum est vt hodie acceptilationis vsus perinde sit gentibus omnibus cõmunis acsi esset iuris gentium. Inde namque infert statim, *Et ideo puto & græcè posse acceptum fieri dũmodo sic fiat, vt latinis verbis solet.* Neque verò dubitari potest quin merè iuris ciuilis sit acceptilatio *l. pen. D. de sol. sicut & stipulatio §. de constituta inst. de action.* Vtraque enim verbis tantum contrahitur *d. l. an inutilis §. acceptum fieri*, vbi ex hac causa Vlpianus scribit acceptum fieri non posse nisi quod verbis colligatum est, quia non possit verbis tolli nisi quod verbis contractum est ex *reg. l. prout* 80. *D. de solut. l. nihil tam naturale* 35. *De regul. iur.* Adeò vt si quis obligationes nudo consensu aut etiam rei traditione alio denique modo quàm verbis contractas, verbis velit dissoluere per acceptilationem, eum necesse sit obligationes illas omnes deducere in stipulationem Aquilianam *l. Aquiliana 4. & seq. D. de transact. l. 3. C. de acceptilat.* sic dictam quod à Gallo Aquilio ea ratio primùm excogitata sit ad tollendas vnica acceptilatione præcedentes omnes cujuscunque generis obligationes. Cuius stipulationis formula sollennis extat in *l. & vno 18. §. 1. D. de acceptilat. & §. est autem infr. quib. mod. tollit. obligat* Sunt autem iuris ciuilis omnia quæ sunt sollennia, Nec enim ius gentium vllas agnoscit sollẽnitates. Ex quo apparet non posse probari eam distinctionem quæ à nonnullis traditur, vt acceptilatio sit iuris gentium origine quod ad consensum *arg. l. 1. D. locat.* quod ad formam verò sit iuris ciuilis, id est inspecta sollennitate verborum quibus perficitur. Habuit enim semper certa verba & sollemnia *l. 1. C. de accept l. §. 1. infr. quib. mod. tollit. oblig.* id est legitima & ciuilia quibus opponuntur græca *in l. pen. C. de test. manum. l. vlt. C. de testam. tutel* nẽpe quia lex duodecim tabularum vt & aliæ omnes Romanorũ leges latinis tantum non græcis verbis conscriptæ sunt. Etsi enim non magis acceptilatio quàm alia vlla contractus species valere potest sine mutuo partium cõsensu *l. in omnibus negotiis 37. de oblig. & action.* non tamen æstimatur ex consensu, sed ex verbis: ita vt quamuis sit inutilis tanquam acceptilatio, habeat tamen vim pacti de non petendo *d. l. an inutilis in princip. l. si accepto latum 19. eod l. si vnus 27. §. vlt. D de pact.* nimirum propter consensum qui sufficit ad pactũ non ad acceptilationem: ideóque fatendum est nõ esse illã iuris gentiũ, sed ciuilis, ex ratiocinatione Pauli *in d. l. 1. D. locat.* Quã ob causam dicitur imaginaria solutio *in d. § 1. quib. mod. tollit. oblig.* Etsi autẽ minùs propriè locutus sit Vlp. *d. l. 8. §. vlt.* cùm dixit hoc iure nos vti, vt iuris gentiũ sit acceptilatio, ad id tamen respexit quòd quæ sunt iuris gentium ea apud gentes omnes recepta esse solent *l. 1. de acquir. rer. domin.* Sed tamẽ nõ est bona cõsecutio disertè ac partitè loquendo vt iuris gentiũ ideo dici debeãt si ratione tantùm ciuili fuerint introducta. Idque est quod ait *l. 5. hoc tit. exceptis quibusdã quæ à iure ciuili introducta sunt.*

l. an inutilis 8. §. vlt. D. de acceptilat.

De acceptilatione quòd iuris gentiũ non sit sed ciuilis.

ILLAT. II.

De commerciis & contractibus ad ius gentium referendis.

L. ex hoc iure 5. D. de iust. & iur.

SEcundò ex hoc Principio fit, vt iuris gentium verè ac propriè sint cõmercia & consequenter cõtractus omnes non solùm qui consensu, sed etiam qui re perficiuntur, omnes denique exceptis iis qui aut verbis aut literis, de quibus *infr. tit. De verb. oblig. & de oblig. liter* Idque est quod Hermogenianus scribit *in l. ex hoc iure 5. D. hoc tit.* Iuncto Paulo *in l. 1. D. locat. & in l. 1. §. est autẽ emptio de contr. empt. l. 7. in prin. de pact.* Habent enim omnes ij qui vel consensu vel re perficiuntur, naturalem rationem omnibus gentibus communem, Præsupposito quod ex eodem iure introducta sit distinctio dominiorum ad tuendam societatem humanam, quæ, alioqui propter discordias quas materia communionis excitare solet, stare proculdubio non posset, vt suprà diximus. Nam quomodo possent distingui dominia nisi essent commercia & cõtractus per quos fieret vt cuiusque rei dominium à domino in nõ dominum transiret? Quanquam autem plerique contractus sunt ex quibus non transfertur dominium, at ne quidem vera possessio, licèt consensu aut re perficiantúr, vt locatio, pignus, depositum, commodatum, & similes, non eo minùs tamen sunt iuris gentium, & quidem ob ipsam dominiorum distinctionem *d. l. 7. in princip. de pact.* quia nec aliam rationem habet, quàm quòd res quę vnius est, nõ magis vsu quàm dominio alterius esse posit inuito domino. Adeò sunt rerum omnium dominia non solùm proprietate sed possessione vsuque discreta. Vnde est quod si quis re deposita vtatur ignorante eo qui deposuit, furtum facere dicatur, itémque qui re commodata in alios vsus quàm in quos commodata fuit adeóque creditor qui vtitur pignore *l. qui iumenta 40. leg. si pignore 54. in princ. & §. 1. D. de furt. §. furtum autem fit infr. De obligat. quæ ex delict. nasc.* Neque hac parte distinguuntur contractus qui re perficiuntur ab iis qui nudo consensu. Nam si nudus consensus iure gentium sufficit ad obligandum certis casibus, quanto magis iure gentium obligabitur is qui ab alio rem acceperit siue dominus factus sit per traditionem vt ex mutuo & permutatione, siue dominus factus non sit vt ex causa pignoris, depositi, commodati? Quicquid enim ex meo ad te peruenerit nulla iusta causa interueniente propter quam retinere debeas, id mihi à te reddi bonum & æquum est *l. si & me & Titium 32. D. de reb. credit.* Qua ratione dicimus indebiti condictionem esse naturalem *l. indebiti 15. D. de condict. indeb.* vt & cæteras omnes condictiones *l. 1. D. de cõdict. sin caus.* id est naturalem habere rationem & æquitatem, Ne scilicet locupletior quis fiat cum alterius iactura *l. nam hoc natura 14. De cõdict. indeb. l. iure naturæ 206. De regul. iur.* Et verò si emptio venditióque dicitur esse iuris gentium quia consensu perficitur *d. l. 1. §. est autem emptio D. de contr. empt. d. l. 1. locat.* quanto magis erit iuris gentium permutatio (licèt non nisi re contrahatur *l. 1. D. de rer. perm.*) cùm origo emendi vendendíque à permutationibus cœperit *d. l. 1. De contr. empt.*

De contractibus iure gentium introductis ex quibus tamen nec dominiũ transfertur nec possessio. Siue re siue nudo consensu perficiantur.

Condictio indebiti & cætera condictiones dicũtur naturales, & quare L. indebiti 15. D. de condict. indeb. l. 1. De condict. sin. caus.

ILLA-

ILLATIO III.

De nummi introductione.

TErtiò ex eodem Principio fit, vt quamuis olim & per multa secula nullus fuerit inter gentes vsus nummi, ita vt incognitę essent emptiones ac venditiones, solísque permutationibus hominum commercia constarent, vnoquoque secundum necessitatem rerum & temporum vtilia inutilibus permutante, Iure tamen gentium introductus fuerit nummus, scilicèt id exigente ipsa communis commertij necessitate. Nam quia nòn semper nec facilè concurrebat, vt cùm tu haberes quod ego desiderarem, ego inuicem haberem quod tu accipere velles, Necesse fuit eligi materiam cuius publica ac perpetua æstimatio difficultatibus permutationum æqualitate quantitatis subueniret, & quæ publica forma percussa vsum dominiúmque non tam ex substantia præberet, quàm ex quantitate, vt eleganter Paulus tractat *in d. l.* 1. *De contr. empt.* Apparet autem de nummo nos tractare non quatenus æs vel argentum, vel aurum sit, sed quatenus nummus est nummíque vsum præbet. Habet enim ex se duplicem vsum, vnum proprium ad cęteras res omnes valore suo imposititio æstimandas, Alterũ improprium quatenus materia est, nec nisi tanquam alia quælibet materia consideratur, Sicut & duplex calcei vsus est, Vnus proprius quatenus calceus est vt pedẽ tegat, alius improprius quatenus merx est, vt vel vendi posit, vel cum alia merce qualibet permutari, quemadmodum disputat Arist. lib. 1. Polit. cap. 6. Sed & cùm de nummo quatenus nummo, loquimur ad eum valorem impostitium respicimus qui ex communi gentium omnium consensu pro materiæ qualitate & quantitate certus, perpetuus & vbique gentium idẽ est, de quo in *d. l.* 1. *De contr. empt. & in l.* 3. *D. de in lit. iurand.* non de illo qui in hac aut in illa prouincia pro arbitrio legislatoris aut abusu & licẽtia commerciorum facilè ac persæpe immutatur, præsertim in republica malè constituta nec prudenter gubernata. Triplex enim est nummi cuiuslibet æstimatio, Iusta vna quæ & publica & perpetua ex communi gentium omnium consensu æstimanda, Iniusta altera quæ non populorum omnium communis sed huius vel illius propria est. Tertia conuentionalis ab ipsis contrahentibus inducta, quoties cauere sibi volunt & prospicere contra periculum iniustæ æstimationis. Quæ iusta ęstimatio est ea iuris gentium est, Quæ iniusta non item, sed iuri ciuili potiùs adscribi debet, quatenus interdum reipublicæ vtilitas exigit vt pluris minorísve nummus hîc quàm illic ęstimetur, ad commercia vel amplianda vel restringenda. Quod cùm euenit, iusta quidem est ea æstimatio, at non simpliciter, sed quod ad hanc aut illam prouinciam ad cuius vtilitatem pertinet, Potéstque nihilominus iniusta dici ex comparatione illius quæ cõmuni cæterarum gentium omnium consensu iusta existimatur. De quibus tamen omnibus videnda sunt, quæ nos fusissimè scripsimus in tractatu nostro, De variis nummariorum debitorum solutionibus.

L. 1. de cont. empt.
l. 3. De in lit. iurand.

ILLATIO IV.

De naturali acquisitione per occupationem eorum quæ sunt nullius.

QVartò ex eodem Principio fit, vt quicquid antea nullius fuit, iure gentiũ primo occupãti acquiratur *l. 1. & 3. D. de acquir. rer. domin.* vbi Caius

L. 1. & 3. De acquir. rer. domin.

F

ſcribit naturali ratione id fieri, itémque Iuſtin. in *§. feræ autem inſt. De rer. diuiſ.* Introducta ſiquidem iure gentium vt diximus dominiorum diſtinctione nihil eſt quod prohibeat quominus meum fiat quod nō eſt alienū. Sicut è contrario ſcire debet, Omne id quod ſuū nō ſit ad aliū pertinere *l. vlt. C. vnde vi*, niſi talis res ſit quę in nullius bonis ſit vel eſſe poſſit *§. nullius inſt. de rer. diuiſ.* Et verò habet hoc etiā naturalē intellectum vt quicquid in nullius bonis eſt, id neceſſe ſit vel nunquā fieri cuiuſquam, vel fieri primi occupantis. Inde eſt quod ſi res aliqua pro derelicto habita ſit ea ſtatim domini eſſe deſinit iure gentium, & eodem quoque iure ſtatim fit occupantis, quia iiſdem modis res deſinunt eſſe noſtræ quibus acquiruntur, inquit Vlp. *in l. 1. D. pro derelict.* Improbata enim eſt ſententia Proculi qui exiſtimabat rem pro derelicta habitam non priùs deſinere eſſe prioris domini quàm ab alio poſſeſſa ſit & occupata. Non enim poſſet fieri occupantis, ſi non iam ipſo occupationis inſtāti in nullius bonis reperiretur, cùm eiuſdem rei duo domini in ſolidum & eodem inſtanti eſſe non poſſint *l ſi vt certo 5. §. ſi duobus vehiculum D. commod.* Quæ ratio & ſententia eſt *l. 2. D. pro derelict.*

L. 1. & 2. D. pro derelict.

ILLATIO V.

De dominij vel poſſeſſionis acquiſitione in plurium perſonis in ſolidum.

QVintò ex eodē Principio fit hoc ipſum quod proximè diximus, Eiuſdē rei plures dominos in ſolidum eſſe nō poſſe *d. l. 5. §. vlt. D. commod.* Nam ex quo fuit iure gētium introducta diſtinctio dominiorum, & autoritas pronominum *meum* & *tuum* cœpit etiam fieri non poſſe vt quod vnius eſſet in ſolidum alterius quoque in ſolidum eſſet. Alioqui dominiorum cōfuſio induceretur, quod à iure gentium abhorreret. Sic dicimus non poſſe duos eiuſdem rei & eodem tempore in ſolidum eſſe poſſeſſores *d. §. vlt.* ſed alia ratione quę non tam ad ius gentium quàm ad naturam ipſam ſit referenda. Nā cùm poſſeſſio à pedū poſitione dicta ſit & à ſedibus vt ait *l. 1. D. de acq. poſſeſſ.* quia naturaliter & facto ipſo tenetur ab eo qui ei inſiſtit, Apparet naturam non magis pati poſſe vt duo ſint eiuſdem rei in ſolidum poſſeſſores quàm vt vbi ego ſto, vel ſedeo, tu etiam ſtare videaris, vel ſedere *l. 3. §. ex contrario eod. tit.* Ita namque fieret penetratio dimenſionum & ſubſtantiarum, ac conſequenter confuſa rerum corporearum commixtio, ſicuti diximus fore vt dominiorum confuſio induceretur, ſi quid ita meum eſſet in ſolidum vt tuum etiam in ſolidum eſſet, Hac ſola differentia quòd confuſio dominiorum abhorret à iure gentium non item à natura (nihil enim prohiberet omnia omnium eſſe communia ſi gentium vtilitas, id pati poſſet) confuſio autem corporum repugnat non quidem iuri naturali, non enim ius in eo vllum verſatur, ſed ipſi naturæ. Nec obſtat quod dici ſolet, Poſſe eandē pecuniæ quātitatem eadémque nummorum corpora pluribus perſonis credi in ſolidū *l. ſi non ſinguli 5. C. ſi cert. pet.* Id enim non ad cauſam dominij pertinet quod ſicut nō acquiritur niſi per numerationem, ita nec alij poteſt acquiri quàm cui pecunia numeratur, numeratio autem traditióque duobus in ſolidum ſimul & ſemel fieri non poteſt citra penetrationem illā dimenſionum, quā in natura impoſſibilem eſſe diximus, Sed pertinet ad cauſam obligationis, quā in multorum & ſingulorum perſona, etiam vnius debiti ratione conſiſtere nihil impedit, ita vt quamuis ſinguli in ſolidum ſint obligati, tamen

L. 5. §. vlt. D. cōmodat.

L. 3. §. ex cōtrario D. de acq. poſſeſſ.

tamen vna tantùm sit obligatio in cuiusque persona consistens, vt contingit quoties facti sunt plures correi siue debendi siue credendi *l.3.§.1.l. eandem 9.§.vlt.& tot.tit.De duob.reis.* Obligatio enim cùm sit iuris vinculum *tit. De obligat.in princip.* tota ex iure æstimatur,& ex facto ac voluntate illius qui obligatur, Vnde ius ipsum obligationis nascitur. Ius autem non magis quàm natura impedimento est quominùs eiusdem pecuniæ nomine plures in solidum obligentur,ita tamen vt sicut vna tantùm obligatio est, ita vnica solutione in totum tollatur *d.l.3.§.1.* Illud difficilius est vt vnus idémque homo obligationes sustineat, quia & difficile est vt vnus homo sustineat duorum vicem *l.si plures 9. D.de pact.* Sed tamen nec hoc nec illud est nouum *l.non est nouum.10. D.de act.empt.l.si reus 13.D.de duob.reis l.5.l.heres 21.D. de fideiuss.l.si paterfamilias 15.§.1.D.de adopt.*

ILLATIO VI.

De furti prohibitione ex iure gentium.

SExtò ex eodem Principio fit, vt furta omnia iure gentium prohibita dicātur.Quisquis enim fur est,peccat in illam dominiorum distinctionem, quum iure gentium diximus esse introductam: Ob idque quod magis est dicuntur prohibita lege naturali *l.1.in fin.De furt.&* §.1.*infr. De obligat. quæ ex delict.nascunt.*& inter ea quę non tantùm ciuiliter, sed ipsa etiam naturâ turpia sunt, furtum annumeratur *l.probrum 42.De verb signific.* Non quòd antequàm iure gentium distincta fuissent rerum dominia homo homini furtum facere potuerit,sed quia post introductam summa ratione etiam naturali dominiorū distinctionem,non potest fieri furtum quin ostendatur lex illa naturalis omnium antiquissima & cum hominibus ipsis nata, quæ non patitur alteri vt possis facere, quod tibi fieri nolis. Nec ad rem pertinet si quis obiiciat apud nōnullas gentes vt apud Lacedęmonios,Ægyptios,priscósque multos furta non modò permissa fuisse,sed etiam laudata si sic fierent vt ἐπ' αὐτοφώρῳ fures non deprehenderentur. Non enim eo minùs verum est abhorrere illa à ratione naturali,ex qua semper ius gentium ęstimandum est vt toties diximus, quamuis ratione aliqua ciuili videantur persuasi populi illi vt eiusmodi furta permitterent vt eo veluti præmio impunitatis proposito in eo scelere quod commodi spem & speciē præseferret,ciues suos tāto ingeniosiores redderent, quasi non tam furtum permittentes quàm furandi audaciam cum dexteritate iunctam adprobantes. Nam si fur in ipso furandi actu deprehendebatur, iidem populi furtum seuerissimè vindicabant, adeóque capitis pœna plectebant, cùm tamen generali ferè cæterorum omnium populorum lege non nisi pecuniaria mulcta puniretur,vt Theophilus refert §.3. *hoc tit.* Etsi autem non semper iure dominij defertur furti actio,sed interdum etiam cessante dominio nascitur si aliunde intersit actoris vt Papin.loquitur in *l.si vendidero 80.§.1.De furt.* nihilominus furti prohibiti rationem referimus ad ius gentium,ex qua parte dominiorum distinctio iure illo inducta est. Non ob eam solùm rationem, quam suprà attulimus illat. 2. quòd res quæ vnius est non magis vsu quàm dominio alterius esse possit inuito domino (pertinet enim ratio illa ad furtum, quod fit domino) sed etiam quòd possessionis quoque dominium aliquod esse intelligatur vt tractat Iacobus Cuiac. in paratitlis ad *titu. De*

L. 1. in fin. D.de furt.l. probrū 42. De verb.signific.

Ratio furti prohibendi cùm sit naturalis cur ex iure gentium esse dicatur.

bonor.poss. Itémque dominium vsusfructus, si verum est quod M. Tullius in Epistol. quodam loco scribit, Id cuiusque proprium esse quo vtitur fruitur. Denique quòd furti actio omnis si non dominij saltem vtilitatis ratione deferatur (neque enim alij competit quàm cuius interest *l. cuius interfuit* 10. *& seq. l. eum qui* 14. *§. si res commodata & §. vlt. d. l.* 80. *§.* 1. *& pass. de furt.*) non aliunde autem fiat vt vtilitas vnius non sit vtilitas alterius quàm ex dominiorum distinctione quę sola facit non tantùm in corporibus, sed etiam in cęteris rebus omnibus, vt quod meum est non sit tuum.

ILLATIO VII.

De delictis natura turpibus & probrosis, & de pœnis.

L. probrum 42. *De ver. signif.*

SEptimò ex eodem Principio fit vt ea delicta quæ non solùm ciuiliter, sed ipsa etiã natura turpia sunt, vt proximè diximus ex *d. l. probrum* 42. *De ver. signific.* iure gentium publicè sint vindicanda, vt furtum, adulterium *d. l. probrũ*, Incestum quod iure gentium committitur, vt loquitur Papin. *in l. vlt. D. de cõdict. sin. caus.* id est contra ius gentiũ, & alia huiusmodi crimina, de quibus quin & malefacta & punienda sint vel sola natura duce nemo dubitare possit. Quo modo enim stare posset humana societas, ad quam vnam refertur tota illa ratio naturalis, ex qua ius gentium æstimatur, si neque bonis proponerentur præmia, neque malis supplicia? Hinc est quod quamuis iure ciuili serui sint incogniti & pro nullis habeantur *l quod attinet* 32. *De reg. iur.* ex delictis tamen perinde ac liberi obligantur adeóque obligati remanẽt, etiam post manumissionem *l. serui* 14. *D. de oblig. & act.* quia quod ad ius naturale attinet omnes homines sunt æquales *d. l. quod attinet*. Inde est quod nulla vnquam ciuili lege factum fuit neque fieri potuit vt delicta essent impunita *l. ita vulneratus* 51. *§. vlt. D ad leg. Aquil. l. locatio* 9. *§. quod illicitè D. de publican. & vectig. l. si à reo* 70. *§. vlt. D. de fideius. l. Stichũ aut Pamphilum* 95. *§.* 1. *De solut.* Inde quod non potest præses prouinciæ efficere vt furti damnatum non sequatur infamia nisi alia & seueriore pœna corporali eum puniat *l. qua ergo* 12. *§. pen. De his qui not. infam. l. non poterit* 63. D. *de fur.* Pœnæ tamen modus non tam ex iure gentium est, quàm ex ciuili, id enim ad ciuilis legislatoris curã & prudentiam maximè pertinet, vt ex ciuium suorum moribus, & ad hæc aut illa crimina procliuiore inclinatione æstimet quantam huic & illi crimini pœnam constituere debeat, aliquando scilicet grauiorem, aliquando leuiorem, pro temporum, personarũ, locorum, & aliarum huiusmodi circumstantiarum diuersitate *l. aut facta* 16. *in princip. & §. vlt. totóque tit. De pœn.* Nulla enim iure gentium certa pœna constituta est in vllo delicti genere, ob idque pœnas in singula crimina constitutas non solum pro varietate prouinciarum varias esse videmus, sed etiam in eadem prouincia sæpenumero immutatas. Sed aliud est de pœna in genere, aliud de pœnæ modo tractare. Solet tamen legislator ciuilis esse seuerior, eámque rationem quæ maleficia puniri suadet, ac quam *magnam* vocat Iurec. *in d. l.* 70. *§. vlt. de fideiuss.* alij rationi cuilibet etiam quæ ex naturali & gentium iure sit anteferre *l. bona fides* 31. *vbi est text. elegans* D. *de pos.* vbi ratio redditur *nam malè meritus publicè, vt exemplo aliis ad deterrẽda maleficia sit, etiã egestate laborare debet.* Experientia enim compertũ est pœnæ metu plerosque ad peccandũ alioqui procliues à peccando arceri *l. vlt. in princip. C. de episc. & cleric. l. quoniam*

niam 7.*C.ad leg.Fab.de plagiar.* Sicut è contrario, pœnæ remissio facit persæpe, vt ad crimina temerè prosiliatur *l.si operis* 14. *C. de pœn.* Etsi placet in pœnalibus causis iudicem sequi debere benigniorem interpretationem *l.factum* 155.*§.vlt.De reg.iur.* & mitiorem legẽ *l.præses* 32.*in fin.D.de pœn.* legúmq; pœnas mollire interpretatione potiùs quàm exasperare *l.pen. eod.* Denique licèt perspiciendum sit bono iudici ne quid aut duriùs aut remissiùs constituatur, quàm causa deposcit, quia neque seueritatis neque clementiæ gloriã adfectare debet, sed perpenso iudicio prout quæque res expostulat, statuere, tamen in leuioribus causis pronior esse debet ad lenitatem, in grauioribus verò pœnis seueritatem legum subsequi cum aliquo temperamento benignitatis, vt eleganter Marcianus ait in *l.perspiciendum* 11.*eod. tit.* Idque fit ex ratione etiam naturali & iuris gentium, quia cùm inter omnes homines cognationem quandam natura constituerit, non solùm hominem homini insidiari, & per iustitiæ speciem nocere nefas est *d.l.3.D.hoc tit.* Sed etiam hominem beneficio affici quantum saluis iustitiæ legibus fieri potest interest hominis *l.si venditor* 6. *§.vlt. De seru.export.* Eóque videtur respexisse Seneca cùm scripsit, veram iustitiam illam esse quæ debitam crimini pœnam quantumlibet iustam non sine intimo iudicis dolore irrogat.

L.perspiciendum 11. D. de pœn.

CONFVTATIO I.

De diuisione iuris gentium in primæuum & secundarium.

Contra hoc Principium pugnat distinctio illa Doctorum quę duplex facit ius gentium primæuum vnum, secũdarium alterum. Primæuum illud appellantes quod cum ipso humano genere natum est, Secundarium verò quod gentium quarundam consensu paulatim inductum, tãdem ab omnibus gentibus receptum est *arg.l.1.D.de acquir.rer.domin. & d.l.8.§.vlt.De acceptil.* Nam cùm ius gentium ex naturali ratione semper æstimandum sit, potéstne obsecro fieri, vt ratio fiat naturalis quæ priùs talis non fuerit? Aut contrà, vt ratio quæ primùm fuit naturalis, ob id talis esse desinat, quòd desierint à quibusdam gentibus obseruata esse quæ aliquando ab omnibus recepta fuere? Sed fiet res manifestior ex iis quæ de iure ciuili mox dicturi sumus.

PRINCIPIVM IV.

De iure ciuili.

IVs ciuile ex ratione ciuili qua inductum fuit ęstimandum est. Idque superioribus omnino consequens fit. Nam si verum vt verissimum est, quod diximus ius omne æstimandum esse ex ratione, ac proinde ius naturale & gentium ex ratione naturali, quid superest nisi vt ciuile quoque ius ex ratione ciuili æstimemus? Ciuilem verò rationem eam voco, non quæ à naturali in totum abhorreat, sed quæ ob publicam ciuium vtilitatem eò vsque pertingat, quò naturalis ipsa non possit pertingere. Non enim ratio quælibet naturalis sufficiens est ad inducendum ius, ne quidem naturale, vt suprà probauimus exemplis plerisque, ex pupillari obligatione, liberorum in paren-

Ciuilis ratio quænam sit.

tum bonis succeſſione, & teſtamenti factione ſumptis, quæ omnia licèt rationem habeant naturalem, iuris tamen naturalis autoritate non nituntur. Quanto minùs igitur naturalis ratio ſufficiens eſſe poterit ad inducendum ius ciuile? Et verò cùm ratio naturalis tanta eſt quantam eſſe oportet ad ius inducendum, inducit proculdubio ius naturale, nec neceſſe eſt vt de ciuili inducendo tractemus, quandoquidem nihil prohibet ciuitatem quamlibet eo quoque vti iure quod gentium omnium ſit commune, quódque vel ob hoc ipſum commune appellatur, quia non huius vel illius populi ſit, ſed gentium omnium *l. omnes populi 9. D. hoc tit.* vbi Caius ſcribit, Omnes populos qui legibus, & moribus reguntur, partim ſuo proprio, partim communi omnium hominum iure vti. Quod & Iuſtinianus in *§.1. huius tit.* ad populum Romanum ſpecialiter accommodat. Itaque quoties de illo dubitatur, An iuris gentium quid ſit an ciuilis, quomodo dubitari ſolet de teſtamento, de acceptilatione aliiſque nonnullis, illud tantùm inſpiciendum eſt, An ratione naturali inductum illud ſit, an ciuili. Et hæc vera germanáque iuris ciuilis diffinitio eſt. Illa verò deſcriptio potiùs, quam tradit Vlpianus in *l. ius ciuile 6. D. hoc tit.* vbi ait, Ius ciuile id eſſe quod neque in totum à naturali vel gentium recedit, nec per omnia ei ſeruit. *Itaque*, inquit, *cùm aliquid addimus vel detrahimus iuri communi, ius proprium ciuitatis, id eſt ciuile, efficimus.* Nec illa rurſum iuris ciuilis diffinitio eſt, ſed potiùs partium enumeratio quæ ex Papiniano proponitur in *l. ſeq.* his verbis *Ius ciuile eſt, quod ex legibus, plebiſcitis, ſenatuſconſultis, decretis Principum, autoritate prudentium venit.* Sunt enim iſtę partes vt ita dicam integrales, ex quibus totum ius ciuile conſtat & perficitur.

ILLATIO I.

De teſtamenti factione tam actiua quàm paſſiua.

EX hoc Principio fit, quod in præcedentibus iam attigimus vt dubitari nequeat quin teſtamenti factio ſit merè iuris ciuilis, nullomodo iuris naturalis aut gentium ſiue primæui, ſiue ſecundarij: quamuis ita vulgò ab interpretibus tradatur. Etſi enim non caret ratione naturali deſiderium hominis teſtari volentis, nec ferè gens vlla vnquam fuit tam barbara quæ teſtamentorum vſum non habuerit, fatendum tamen eſt ratione naturali fieri nullomodo poſſe vt quis teſtetur, aut alio vltimæ voluntatis genere diſponat de bonis ſuis, Cùm eiuſmodi diſpoſitionis effectus conferatur in id tempus quo teſtator amplius non erit dominus, id eſt quo erit iã mortuus *l. 1. D. qui teſtam. facer. poſſ.* vt diximus, *ad Princi. 2. paullo ant. fin. hoc tit.* Itaque neceſſe fuit ciuibus Romanis habere in eã rem legem duodecim tabularum his verbis conceptam *Paterfamilias vti ſuper ſua re legaßit, ita ius eſto. l. verbis legis 120. De verb. ſignific.* Cùmque poſteà legibus Furia & Voconia ea teſtandi libera facultas valde reſtricta eſſet prohibito teſtatore ne cui legare poſſet ſupra mille aſſes, aut plus quàm penes heredem remanſurum eſſet ne nullo commodo inuitatus heres repudiaret hereditatem legatis exhauſtam, vel oneratã, atq; ita faceret vt intercideret legata, vt Iuſtin. refert *tit. ad leg. Falcid. infr.* neceſſe fuit eam libertatem reſtitui per legem falcidiã, hactenus tamen ne minùs quàm partem quartam heres caperet ex teſtamento *l. 1. ill. tit. D. ad leg. fal.*

L. verbis legis 120. D. de verb. ſignific.

leg. falcid. Itaque ex eo tempore de quadrante hereditatis legando disponere testator nullomodo potest, non quòd ei prohibitum sit, sed quia non est permissum. Aliud enim est si quid lex prohibeat, Aliud si non permittat: sicut & aliud est permittere, aliud non prohibere *l necnon 28. §. quoad eius D. ex quib. caus. maior. l. 1. D. de manumiss.* Hinc est quòd filiusfamilias testandi facultatem non habet, ne quidem permittente patre *l. qui in potestate 6. D. qui testam. facer. poss. l. tam is 25. §. filiusfamilias De mort. caus. donat.* quia lex duodecim tabularum in testamenti factione inducenda de patrefamilias tantùm locuta est. Inde quod neque deportati neque peregrini heredes institui possunt *l. 1. C. de hered. instit.* quia lex duodecim tabularum, quemadmodum & lex falcidia solis ciuibus Romanis scripta est. Deportati autem non magis ciues sunt quàm peregrini cùm deportatione ciuitas amittatur, licèt libertas retineatur *§. minor. inst. De capit. diminut.* ob ídque fiunt peregrini quo nomine significantur quotquot ciues romani nòn sunt *l. sed si condicioni 6. §. solemus D. eod. l. sed si hac lege 10. §. sed si per pœnam D. de in ius vocand. l. 1. §. hi quibus de legat. 3.* vbi & ἀπόλιδες dicuntur id est extorres, & sine ciuitate *l. sunt quidam 17. §. 1. D. de pœn.* quo loco Marcianus scribit, quod ad rem nostrã valde pertinet, deportatos istos sicut & in opus publicum perpetuo datos, cùm sine ciuitate sint ea quidem quę iuris ciuilis sunt amittere, sed quæ sunt iuris gentium retinere. Ergo & factionem testamenti haberent tã actiuam quàm pasiuã si esset illa iuris gẽtium ac non potiùs vtraque iuris ciuilis. Quemadmodum nec patresfamilias à filiisfamilias ius gentium distinguit, cui nimirum incognitum est ius patriæ potestatis quod totum est iuris ciuilis & proprium romanorum, vt suprà diximus, & latiùs tractabimus ad *tit. De patr. potest.* Denique inde est quod nemo facere potest quin leges in suo testamento locum habeant *l. nemo potest 55. de legat. 1.*

L. 1. D. ad leg. falcid.

L. qui in potestate 6. D. qui testami facer. poss. l. tam is 25. §. de mor. cau. donat.

L. 1. C. de hered. instit.

L. sunt quidam 17. §. 1. D. de pœn.

L. nemo potest 55. de legat. 1.

ILLAT. II.

De iure habendi heredem ab intestato.

SEcundò ex eodem Principio fit, vt non solùm testamenti factio tam actiua quàm pasiua, vt interpretes loquuntur, sed etiam ius habendi heredis ab intestato *l. lege obuenire 130. De verb. signifi.* adeóque nomen ipsum heredis totum sit iuris ciuilis nec iuris gentium dici vllomodo posit. Nam cùm heres vetere latina lingua nihil nisi dominum significet *§. vlt. Inst. de hered. qualit. & differ.* dominus autem fieri nemo posit iure gentium, nisi per traditionem à domino factam si in alicuius bonis res sit, vel per occupationem si in bonis nullius, Apparet mortuo patrefamilias non posse filium agnatúmve proximum fieri dominum nemine iam existente à quo res hereditarias per traditionem accipere posit, siquidem is qui verus dominus fuit ex quo mortuus est nullus est, qui autem nullus est tradere non potest, cùm traditio sit facti factúmque certæ personæ demonstret *l. consilio 9. §. vlt. D. de curat. furio.* Quod si dicas, Posse igitur dominiũ acquiri iure gentiũ per occupationẽ tãquã earũ rerũ quæ in nullius bonis sint *l. 1. D. de rer. diuis. l. 3 in prin. D. de pecul.* Admittã equidẽ nõ inuitus, sed negabo fieri eum dominum quasi filiũ aut proximũ agnatũ, sed eo prorsus iure quo alius quilibet dominus fieret qui primus defuncti bona occuparet. Ius enim gentium in hoc acquirendi genere fauet primo occupanti non filio aut cognato, Multo minùs

suo heredi aut agnato quæ sunt nomina ciuilia non naturalia *l.tutelas 7. D. de capit. minut. l.capitis 11. D.de suis & legit.* Legis ergo ciuilis auxilium necessariũ fuit vt quis ab intestato heres fieri posset. Vnde & legitima hereditas dicitur quæ ab intestato defertur tãquã obueniẽs ex lege, & legitimus heres qui ab intestato succedit *l.1.& tot.tit. D.suis & legit. De & C.* etsi lege obuenire hereditatem nõ impiè quis dixerit etiam eam quæ ex testamento deferatur, quia lege 12.tab. hereditates omnes tam testamentariæ quàm legitimæ confirmantur *l. lege obuenire 130. De verb.signif. l.1. & 3. de petit.hered.* Legis autem duodecim tabularum in hanc rem verba illa fuerunt, *Si suus heres non erit, agnatus proximus familiam habeto l.2.§.hæc hereditas & seqq. l.Titius 6. D.de suis & legit.* Ex quo fit vt filius emancipatus patri intestato succedere iure ciuili nullomodo possit, quia neque suus est, neque agnatus cùm per emancipationem exierit de familia factúsque sit extraneus quod ad ius ciuile pertinet *§.minima infr.de capit.minut. l.vlt. D.eod. l.si genero 26. C.de iur.dot.* quamuis non eo minùs iure naturali & gentium remaneat filius, ideóque ex prætoris edicto vocetur ad bonorũ possessionẽ, vt dicemus *infr. ad tit. De bon.possess.* Idémq; in cognatis iuris est: id est qui per sexũ fœmininũ nobis cõiuncti sunt, vt iure ciuili ad legitimas hereditates nõ admittãtur, quia de solis agnatis lex locuta est, id est de cognatis per virilẽ sexũ nobis coniunctis *l.2.§.adgnati De suis & legit.* Propter quã causã scribit Vlp. *in l.1. D.vnd.cognat.* bonorũ possessionẽ quam iis prætor defert ex illo capite, Vnde cognati, nudam habere prætoris indulgentiam, neque ex iure ciuili originem habere, cùm eos inuitet prætor ad bonorum possessionem qui iure ciuili ad successionem admitti nõ possunt. An quia cognatos ab intestato succedere lex ciuilis prohibeat? Minimè, sed quia nec eos vocat de quibus scilicet nullomodo locuta est, quod ipsum sufficit vt succedere non possint. Ergo vel ex eo maximè apparet non posse ab intestato succedi sine lege ciuili. Alioqui possent ab intestato succedere quotquot iure naturali & gentiũ essent cogniti, vt sunt cognati omnes, nec alij essent successionis incapaces, quàm qui succedere prohibiti essent legibus, non illi etiam quibus specialiter & nominatim permissum non esset vt succedere possent. Etsi enim ius ciuile potentius esset iure gentium in eo in quo ei expresè derogasset *d.l.ius ciuile 6. D.hoc ti.* in iis tamen in quibus nihil esset immutatum cur stare prohiberetur? *arg.l.sancimus 27.C.de testam.*

L.lege obuenire 130. De verb signifi.

L.vlt. D.de capit.minu. l. si genero 26. C. de iur. dot.

L.1.D.vnd. cognat.

ILLATIO III.

De nominibus heredis & hereditatis.

TErtiò ex eodem Principio fit vt non tantùm *heredis*, sed etiam *hereditatis* & nomen & ius, acceptum ferri debeat iuri ciuili non gentium aut naturali *l.hereditas 50. D.de petit.hered.* vbi Papin. scribit hereditatem etiam sine vllo corpore iuris intellectum habere. Cui simile est quod plerisque locis scriptum legimus esse id nomẽ iuris *l.3.§.1. D.bonor.poss. l.hereditatis 119. l.pecunia 178.§.hereditas l.bonorum 208. De verb.signific.* Nam cùm hereditas illa sit quæ facit heredem (neque enim potuit lex facere vt qui nullam posset habere hereditatem, heredem aliquem habere posset *l.lex Cornelia 28.vers.quia non efficitur D.de vulg.& pupill.subst.*) consequens est vt non aliter potuerit lex inducere ius habendi heredis, quàm si primùm induceret ius habendæ hereditatis. *l.filiusfamilias 18. D. ad leg.falcid.* Vt enim heres siue testamentarius siue legitimus

L.hereditas 50.D.de petit.hered.

timus

timus fieri posset heres id est dominus, vt suprà interpretati sumus ex *§.vlt. Inst.de hered.qualit.& differ.* necesse fuit aliqua ratione induci. cõtinuationem dominij illius quod fuerat patrisfamilias priùs quàm moreretur, vt quamuis morte desiisset ille esse dominus, non tamen ideo bona eius facta intelligerentur bona nullius, sed dominum aliquem habere intelligerentur, ne alioqui iure ipso gentium fieri posent primi occupantis.*l.3. De acquir.rer. domin.* Id verò non meliùs fieri posse visum est quàm inducto per fictionem iure &nomine *hereditatis* quæ defuncti personam repræsentaret, in id vsque tempus quo heres aliquis appareret qui se dominum posset dicere *l.nouatio 24.in fin. D.de nouat.l.non minus 31.§.1.D.de hered.instit.* vbi Caius ex hoc infert hereditarium seruum etiam antè aditam hereditatem posse heredem institui, quia licèt non habeant serui factionem testamenti pasiuam nisi ex personis dominorum, hic tamen dominum habere creditur, ipsam videlicet hereditatem quæ defuncti locum obtinet. Sic in *l hereditas 61. De acquir. rer.dom.* Hermogenianus scribit, hereditatem in multis partibus iuris pro domino haberi, adeóque hereditati quoque vt domino per seruum hereditarium acquiri. Rectè autem *Pro domino haberi* scilicet per fictionẽ. Nam rei veritate inspecta res hereditariæ antequàm aliquis heres existat in nullius bonis sunt *l.1.D.de rer.diuis.l 3 in princ.D.de pecul.* Cur verò addidit *in multis iuris partibus*? An quia non semper? Ita est. Cùm enim *hereditas* vt dixi sit nomen fictitium iuris, non potest habere illum effectum vt domini vicem & personam repræsentet nisi in ijs quæ sunt iuris, non etiam in ijs quæ sunt facti, quoniam ad ea quæ facti sunt, & realem habere debent existentiã iuris fictiones non pertinẽt *l denique 29.D.ex quib.caus.maior.l. in bello 12.§. facti D.de capt.& postlim.* Vnde est quod *ipso iure* fieri dicimus illa quæ fiunt sola iuris potestate nullo facto hominis interueniẽte *l.si vnus 27.§. pactus ne peteret D.de pact.* Aliud est fieri quid subtili & mero iure *l.4.§.si viam 27. De vsucap.* Atque ita Hermogenianus ipse interpretatur, cùm subiicit *In his sanè in quibus factum personæ, operave substantia desideratur, nihil hereditati quæri per seruum potest.* Ex quo infert neque hereditatem seruo hereditario delatam adiri per eum posse quousque heres aliquis sit qui iubere posit adiri, neque per seruum hereditariũ acquiri posse vsumfructum, quòd is sine persona vera non ficta constitui non posit.*l.vsusfructus 26.D.de stipulat seruor.* Adde, neque hereditati furtum fieri posse, nisi in casibus de quibus *in l.hereditariæ 68.& seqq.De furt.l.vlt.D.expil.hæred.* vbi additur *sicut nec eius quæ sine domino est.* Nec enim furtum fit nisi sit cui fiat *l.falsus 43.§.qui alienum ver. quòd si dominus De furt.* siquidem furtum est contrectatio rei alienæ inuito domino *l.qui vas 48.§.qui ex voluntate eod.* Ergo dominum aliquem esse necesse est, & quidem qui nolle intelligatur hoc ipso quod non vult nec consentit. Velle autem & nolle facti est *l.4.De acq.hered.l.3. & 4.De reg iur.l.voluntatis 7.C.de fideic.* idcóque non cadit in hereditatem quæ licet personam repræsentet, tamen personam non habet. Aliam rationem reddit Vlpian.ex Scæuola *in l.1.§.Scæuola si is qui test.lib. ess. iuss.* quod possesionis furtum fiat non dominij *l.1.in fin. De furt.l.1. circ. fin.D.de distr.pign.* Dominia enim non nisi certis & legitimis modis amitti possunt inter quos non est furtum *l. id quod nostrum 24.De reg.iur.* propter quod etiam vsucapio impeditur *§.furtiuæ inst.de vsucap.l.vbi lex 24.l.non solum 33.eod.* Denique si possessor nullus sit

l.nouatio 24.in fin.D. de nouat.l. non minus 31.§.1.D.de hered.insti. l. hereditas 61.De acquir.rer.domin.

Ipso iure fieri quid sit.

Tit.Expil. hered.

G

furtum non fit *d.§.Scæuola.* nisi cùm præsentia pro possessione est quasi translata breui manu possessione & occultato actu traditionis vt *in d.l.falsus 43. §.si is qui de furt.* iunct.*l.3.§.pen.de donat.int.vir.& vxor.* Atqui possessionem hereditas non habet quæ facti est & animi. Siue enim possessio à sedibus dicta sit, siue à pedum positione *l.1.De acq.poss.* certum est hereditatem neque pedes habere neque sedes. Itaque necesse fuit inuicem actionis furti induci actionem expilatæ hereditatis *l.1.2.& tot.tit. Exp.hered.*

Per hereditatem repræsentari personam testatoris non heredis.

AD hāc illationem illud etiam pertinet quod plerisque locis proditum est hereditatem non heredis sed defuncti personam sustinere *d.l.non minus 31.§.1.De hered.instit.l.in eo 33.§.vlt.cum l.seq.De acquir.rer.domin.* Nam cùm non aliā ob causam iure ciuili inducta sit hæc fictio hereditatis nisi ad continuandū in personā heredis dominiū quod fuerat defuncti, ne alioqui posset illud interim fieri primi occupantis, quemadmodū diximus, non potuisset huic periculo occurrere ciuilis legislator si constituisset vt hereditas nō defuncti sed heredis personā repræsentaret. Perinde enim euenisset vt ante aditionem sicuti heres nullus esset (fit enim heres per aditionem non per institutionem aut per mortem testatoris vel intestati patrisfamilias *l. ei qui soluendo 88.de her.instit.l.post aditam 5.C.de impub. & aliis subst. l. delata 151. De verb. signific.*) ita & nullius remanerent bona quæ ex instāti mortis domini nullius fuissent, atq; ita similiter primi occupantis fieri potuissent. Quod nō æquè contingit hereditate personā defuncti repræsentante, quia cùm instans extremū vitæ quo moritur paterfamilias, vitæ adscribatur (nec enim qui iā mortuus est mori potest, sed qui adhuc viuit *l. vlt. D.de cōdic.instit.l.qui duos 18.§.1.D.de manum.test.*) non potest dici eo instanti nullius esse bona quæ dominum adhuc viuentē habent: Nec rursus primo post mortem instanti, quod immediatè sequitur extremum instans vitæ, quoniam eo demū instanti per legē inducitur hereditas quæ domini personā repræsentādo fit domina eorū omniū quorum dominus defunctus fuit, tandiúque manet domina quandiu heres nullus est. Superueniente autē herede, qui sicut personā verā habet ita & verus dominus est, desinit esse hereditas, fitque propriū reuera heredis patrimoniū, quia fictionibus omnibus à iure introductis cōmune illud est vt queādmodū non nisi ex necessitate inducuntur, ita cessante necessitate euanescant, itē quia defuncti persona multò faciliùs & cōmodiùs repræsentatur per veram heredis personam, quām per hereditatem, quæ vt dixi ex iuris tantùm fictione consistit, ideóque ne medio illo tēpore quod inter mortem patrisfamilias & hereditatis aditionem intercessit, bona iacuisse videantur sublata fictione hereditatis, necesse fuit in locum illius fictionis aliā induci per quam heres quandocūque adita hereditate iam inde à die mortis testatoris eam adiisse retrofingeretur ad coniungenda instantia mortis & aditionis *l. heres quandocunque 54.De acq.hered.l.si ex re 28.§.vlt. D.de stipulat.seruor.l.omnia ferè 193.de regul.iur.* sicut & lex Cornelia de captiuis apud hostes mortuis iungit morti diem captiuitatis *l.iusto errore 42. §. vlt.D.de vsucap.* Ita fit vtriusque illius fictionis beneficio, vt nullum instans sit, quo dici aut videri possint bona hereditaria sine domino iacuisse, ac tanquam iacentia & nullius bona primo occupanti acquiri potuisse, sed vt à de-

funcio

functo in heredẽ dominium sine vlla interruptione continuetur. Nec est contrarium superioribus quod in *d.l.nouatio* 24. *D. de nouat.* scriptum videtur hereditatem interim sustinere personam heredis. Nam dictio illa *cuius* non ad heredem referenda est, sed ad promissorem, acsi scriptum esset *ad heredem promissoris, cuius*, aut potiùs *ad heredem eius cuius*. Illud enim pronomen antecedens *eius* plerumque & facilè subintelligitur, & in suo relatiuo tacitè continetur.

L. nouatio 24. D. de nouat.

De continuatione dominij in suos heredes.

HVic etiam illationi consequens illud est quod Paulus scribit *in l. in suis* 11. *De lib & posth.* in suis heredibus continuationem dominij eò rem perducere vt nulla hereditas esse, aut vnquam fuisse intelligatur, quasi olim hi domini essent, qui viuo etiam patre quodammodo domini existimantur: vnde, inquit, etiam filiusfamilias appellatur sicut paterfamilias, sola nota hac adiecta per quam distinguitur genitor ab eo, qui genitus sit. Itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur. Hac ex causa licèt non sint heredes instituti, domini sunt & heredes, nec obstat quod licet eos exheredare, quos & occidere olim licebat. Hacten⁹ Paulus. Ex quo loco apparet quicquid alibi scriptum est de paterna hereditate cùm de suis heredibus agitur, minùs propriè scriptum esse, & ad communem loquendi vsum accommodatè potiùs quàm ex vera subtilíque iuris ratione. Nam si neque hereditas nulla est sine iuris fictione, neque iuris fictio vlla sine necessitate, nec denique necessitas vlla inducẽdæ per fictionem hereditatis nisi ad continuandum dominium in heredem, Prorsus consequens est non posse vllam hereditatem esse patris, qui habeat suum heredem. Hinc est quod filiusfamilias non dicitur patris heres sed suus, quasi non tam patri quàm sibi ipsi succedat, non in iure dominij, sed in iure plenioris vt dixi administrationis. Sic nec hereditatem adire dicitur, sed se immiscere *l. eum bonis* 87. *De acquir. hered.* non heres fieri sed existere & apparere *l. in suis* 14. *De suis & legit.* ita vt neque dici possit ei vnquam delata hereditas, cùm delata dicatur ea demum quam quis possit adeundo consequi *l. delata* 151. *De verb. signi.* Imo nec illud probo quod recentiores tradũt, In suis heredibus idem instans esse delatæ & acquisitæ hereditatis. Nullum enim est instans quo possit dici ijs delata vel acquisita, cùm sicut heres dominum significat, ita & hereditas dominium. Porrò suis heredibus dominium iam viuo patre vt dixi quæsitum intelligatur *d.l.* 11. *De lib.* & *post.* Ideóque lex duodecim tabularum non de suis heredibus sic locuta est, quomodo de agnatis de quibus ita cauit, *agnatus proximus familiã habeto*, sed posuit tantùm eos in cõdicione his verbis *si suus heres non erit*. Quia scilicet non indigebant sui heredes vt vocarentur ad hereditatem: quomodo agnati indigebant. Inde etiã est, quod qui sunt in potestate statim sunt heredes ex testamento, nec quod se possunt abstinere quicquam, facit inquit *l.* 1. *§. qui sunt in potestate D. si quis omiss. caus. testam.* Nam nec est sine herede qui suum heredem habet quamuis se abstinentem *l. cum quasi* 30. *§. sed etsi suus D. de fideic. libert.* Abstentio enim beneficium Prætoris est, qui sicut heredis ius & nomen dare non potuit *§. quos autem Inst. de bonorum possession.* ita neque adimere aut facere

L. in suis 11. D. de liber. & posthum.

quominùs filiusfam.etiam post abstentionem teneatur creditoribus hereditariis summo iure, sed tantum vt creditoribus contra eum actio denegetur quam dare prætoris est *l.necessarijs* 57.*De acquir.hered.* vt denique effectu ipso heredis loco non habeatur *l.si filius* 12.*D.de interrog.in iur.faciend.* Itaque non dicuntur sui heredes repudiare vt nec adire, quomodo extranei, sed se abstinere *l.pen.D.de autor.tutor.d.l.necessarijs.l.ex contractu* 45. *D. de re iudicat.* Post acquisitionem enim sera & inutilis repudiatio est *l.* 1. *§. decretalis D.de success.edict.*

De possessione defuncti non continuanda in heredem.

l.1.§.Scæuola D.si is qui testam. lib.ess iuss.

PEndet etiam ex superioribus quod scriptum est *in d.l.1.§.Scæuola* D. *si is qui testam.lib.ess.iuss.* possessionem defuncti non transire in heredem priusquàm cœperit ipse possidere, quoniam hereditas id duntaxat in eũ transfundit quod est hereditatis: non fuit autem possessio hereditatis, quia facti potissimùm & maximè est possessio *l.denique* 19.*D.ex quib.caus.maior l.* 1. *§. furiosus in fin.De acquir.poss.* licèt plurimum etiam ex iure mutuetur *l.possessio* 49.*in princip.D.eod.* in his autem quæ facti sunt hereditas personam defuncti repræsentare non potest *d.l.hereditas in multis* 61.*De acquir.rer. domin.*

l.cùm heredes 23.D. de acquir. poss.

Idque est quod Iauolenus scribit *in l.cùm heredes* 23.*De acquir.pos.* Cùm heredes instituti sumus adita hereditate, omnia quidem iura ad nos transire, sed tamen possessionem nisi naturaliter comprehensa sit ad nos non pertinere. Neque probanda est distinctio interpretum existimantium aliam esse hac parte sui heredis, aliam extranei rationem, quasi in suum heredem cum dominio trãseat etiam possessio *ex l.cùm miles* 30.*D.ex quib.caus.maior.* iũct. *d.l.in suis* 11.*De liber.& post.* Non enim de suis magis quàm de extraneis heredibus loquitur Paulus *in d l.* cùm miles & quod ait *possessionem defuncti quasi iunctam transire ad heredem* hunc sensum habet vt tempora possessionis defuncti iungantur temporibus possessionis heredis ac complendam vsucapionem vt non sit necesse heredi nouam vsucapionem inchoare, quomodo necesse esset si adminiculo antiquioris possessionis ex persona sui autoris nõ vteretur *l. Pomponius* 15. *§.* 1. *& seqq. D.de acquir poss.* Non etiam vt instantia possessionum defuncti & heredis sic iungantur quasi vna tantum possessio fuerit, iam inde ab instanti mortis defuncti in heredem translata, & quasi quod ad possessionis quoque causam attinet numquam iacuisse hereditas videatur. Sic namque Paulum intelligere malo quàm cum nonnullis *possessionem* interpretari *vsucapionem* ex *d.l.denique* 19.*eod.* vbi nec dubito quin possessionẽ dixerit I.C. nõ tã pro vsucapione quàm vt scripsi in Rationalib. pro lõgi tẽporis possessione quæ ad vsucapionẽ tamẽ proximè accedebat in illis verbis, *placet interruptam possessionem postliminio non restitui.* Quod tam apertum est ex ratione quæ sequitur *quia hac sine possessione non consistit* vt nihil dici possit apertius. Cæterùm quod filiifamilias sunt quodammodo domini bonorum paternorum viuo patre, non potest facere vt videantur etiam possessores, quoniam qui in aliena potestate sunt, nihil habere possidere possunt, ne quidem rem peculiarem, sed tantùm eam tenere *d.l.possessio* 49.*§.* 1. vbi rationem Papin. reddit *quin possessio non tantum corporis, sed etiam iuris est.* Sensus est filiosfamilias eorum duntaxat capaces esse quæ sunt meri facti, non etiam illorum quæ siue in totum siue pro parte sint iuris, quod & de

l.cùm miles 30.D.ex quib. caus. maior.

l.possessio 49.§.1.De acq.poss.

de seruis traditum est *in l. qui heredi 44. De condic. & demonstr.* At possessionem non ex nuda tantùm detentione quam interpretes vulgo asininam vocant æstimari, sed ex animo possidendi iure domini, cùm vt Theophilus definit, *possidere* nihil aliud sit quàm *sibi & animo domini habere.* Non quòd vt vere quis possideat necesse sit habere eum ius possidendi (alioqui nulla esset iniusta possessio, quod falsum est *l. 3. §. ex contrario eod tit.*) sed quia necesse est talem eum esse, qui posit esse dominus vt posit animo domini veréque possidere. Filius autem familias talis est vt quamuis sit quodammodo dominus non posit tamen animo domini possidere, Non solùm ne faciat iniuriam patri qui dominus est, & veriùs & pleniùs, & quo adhuc viuo non potest non esse præmatura ista possessionis paternæ occupatio *arg. l. 1. §. si impubere D. de collat bonor.* sed etiam quia & possessio quam aliunde filiusfamilias acquireret, patri per eum quæreretur *l. 1. §. item adquirimus D. de acquir. poss.* Denique fieri non potest vt filius & pater sint eorundem bonorum in solidum possessores *d. §. ex contrario.* Dices, neque fieri posse vt in solidum sint domini vt supra disputauimus ex *l. si vt certo 5. §. si duobus vehiculum D. cōmod.* Respondeo inde fieri vt nec filius posit dici verè & absolutè dominus viuo patre, sed *quodammodo dominus d. l. in suis:* nempe propter ius patriæ potestatis quod facit vt patris & filij vna eadémque persona esse existimetur *l. adoptiuū 6. De in ius voc. l. ne cum filiofam. 16. D. de furt. l. vlt. C. de impub. & alijs subst. l. cum seruus 22. in fin C. de agric. & censit. lib. 11. tit. 47.* tantùm abest vt in ipsius patris præiudicium posit dominus dici vel videri. Itaque dicimus posse eum manumittere seruū patris non solùm mandante patre, quo casu videtur pater ipse manumittere *l. pater 22. D. de manum vind.* sed etiā patre dūtaxat consentiente *l. si consentiente 16. l. nepos 22. de manum.* quod tamen facere non posset si nō esset dominus Arg. eius quod de tutore scriptum est *in l. pen. C. qui manū. nō poss.* sed tamē patris cōsensus necessarius est ne fiat ei iniuria. Dominiū enim cùm sit iuris facilè admittit eiusmodi adiectionē, siue fictionem quandā esse velis, siue aliquod potiùs temperamentum. At non similiter posis eum dicere *quasi possessorem* quia cùm possessio magis facti sit quàm iuris, necesse est vt vel nullomodo possessor sit, vel verè & absolutè sit. Nec valde dissimile est quod Iauolenus tractat *in d. l. cùm heredes 23. §. 1. De acquir. poss.* eos qui in hostium potestatem peruenerunt, iure singulari iura rerum suarum retinere, sed corporaliter tamen possessionem amittere, *Neque enim,* inquit *possunt videri aliquid possidere, cùm ipsi ab alio possideantur.* Vnde infert, Iis reuersis noua opus esse possessione, etiamsi medio tempore nemo res eorū possederit, vt appareat possessionē multò magis facti esse quàm iuris, quoniam alioqui sicut cætera iura omnia ita & possessionis ius durante captiuitate retinerent. Etsi autem filiusfamilias, cùm libera persona sit, à patre non possidetur, perinde tamen dicimus fieri non posse vt in potestate sua quicquam habeat is qui ipse non est suæ potestatis *l. sic eueniet 21. D. ad leg. Iul. de adult.* Quomodo autem possidere videri potest qui nec ipsam possessionem habere posit in sua potestate? Et sanè vsque adeo omnis acquisitionis incapax est filiusfamilias volente patre sibi acquiri, vt ne momento quidem temporis in eius persona stare posit acquisitio *l. placet 79. De acq. hered.* Quanto igitur minùs fieri potest vt possideat res paternas viuo patre, ne peculiaribus quidem exceptis *dict. l. possessio §. 1.* quia licèt eas

l. cùm heredes 23 §. 1. eod. tit. De acquir. poss.

teneat ex patris voluntate, non eo minùs tamen & dominio & possessione remanent patris *l.3.§.sed vtrum ad fin.l.patri 27.D.de minor.* Verum igitur est quod contra interpretes defendimus, possessionem patris non posse transire in filium quamuis suum heredem. Quamquam illud quoque admittendum est huic iuri derogatum esse generali fere omnium locorum consuetudine quæ induxit vt non tantùm suus heres, sed etiam extraneus quilibet ex eo ipso instanti quo paterfamilias mortuus est, rerum omnium hereditariarum possessionem nactus intelligatur, ex eáque causa possit omnibus ijs interdictis experiri quæ veris possessoribus competunt, tam ad retinendam, quàm ad recuperandam possessionem, Quod nos cum Gallis sic enunciamus *Le mort saisit le vif.*

De hereditate conuersa in bona vacantia.

ILlud postremò ex hac tertia illatione colligimus, Siue quis ab initio nullum heredem habere potuerit, fortassis quia neque liberos neque agnatos, neque cognatos, neque vxorem habuit, Siue habere quidem heredem potuerit, sed tamē sine herede & successore decesserit, quia nemo sit qui eius heres bonorúmve possessor esse velit, ex eo instanti quo certum esse incipit nullū esse successorē, desinere quoq; esse hereditatem, & fieri bona vacantia, fisco per consequentias acquirenda, si quid habeant vtilitatis & compendij *l.vlt.* D.*de success.edict.l.habere licere* 57.*D de euict.l.1. §.an bona & seq. D. de iur.fisc.* Nam si verum est quod diximus inductam esse à lege fictionem hereditatis ob hoc solùm vt possit lex facere heredē, omnino consequens est vt si heres esse nemo possit nulla quoque sit hereditas. In quo errant miserè nostri pragmatici qui hoc casu hereditatem iacere putant, eíque tanquam iacenti curatorē dādum esse. Quod nos abundè & copiosè refutauimus in Decadibus nostris *De errorib.pragmat.* Adeò autem verum est desinere hoc casu hereditatem esse, fieríque bona vacantia, vt & idem sit inspecto iure Pandectarū si suus heres se abstinuerit, aut agnatus proximus delatā sibi hereditatem repudiauerit, quia neque in suis, neque in agnatis fuit successio eo iure *l.1.§ sciendum* D.*de suis & legit.§.placebat Inst.de legit. agnat success.* Ideo nimirum quod neque suus, neque agnatus proximus esse posset qui mortis tempore non fuisset, *l.2.§.proximum de suis & legit.l.scripto* 7. *D. vnd.lib.* lex autem de suis tantū & de agnatis proximis locuta esset, nec nisi eorum gratia hereditatis legitimæ ius & nomē induxisset, Quod ius licèt prætor ex æquitate correxerit eo edicto quod ob hāc causam successoriū appellatur, Placet tamen inferioris gradus cognatum edicti successorij beneficium non habere si prior cognatus possessionem acceperit, quamuis postmodum ad eā repudiandam restitutus sit propter auxiliū ætatis aut quo alio iure, Ob ídq; hoc etiam casu bona tanquam vacantia fisco deferūtur *l.vl.*D.*de success.edict.*

l.1.§.sciendum D. de suis & legit. §.placebat Inst.de legi. agnat. success.

*l.vlt.*D. *de successe. dict.*

Ius succedendi siue ex testamento, siue ab intestato publicum est.

HVcque pertinet quod diximus ad Princip. 5.tituli præcedentis, Ius succedendi, siue ex testamēto, siue ab intestato, dici publicum *in l.3.*D.*qui testam.fac.poss.l.quod bonis* 15.*§.1.*D.*ad leg.falcid.* Nō alia ratione quàm quia sit ex legibus quæ sunt iuris publici *l.vlt.*D.*de suis & legit.* Adeò vt ante Senatusconsulta Tertyllianū, & Orficianum nec filius matri intestatæ posset succe-

*l.3.*D *qui testam. facer. poss.l.quòd bonis* 15.§.1. D.*ad leg. falcid.l.vlt.* D.*de suis & legit.*

ſuccedere nec mater filio inteſtato, vt dicemus ad illos titulos, Propterea quod de ijs locuta non fuiſſet lex duodecim tabularum, ſed tantùm de agnatis, poſt ſuos in quorum numero neq; mater reſpectu filij, neque filius quod ad hereditatem matris poterat cõtineri, Licèt iam tũ verum eſſet matris nõ minus quàm patris hereditatem deberi liberis ratione naturali & ex cõmuni voto parentum, itémque luctuoſam filij hereditatem matri ſi non iure ſucceſsionis ſaltem ratione commiſerationis *l. nam etſi* 15. *in princ.* D. *de inoff. teſtam. d. l. ſcripto* 7. §. *vlt.* D. *vnd. liber. l. vlt.* C. *de inſtit. & ſubſtit.*

Concludamus igitur non modò factionem teſtamenti, ſed etiam ius ſuccedendi ab inteſtato iuris ciuilis eſſe non gentium aut naturalis, Inſpecta ſcilicet ratione quæ ius hoc induxit, quippe quæ tota ſit ciuilis, tametſi vix vlla gens ſit quæ & teſtamentariis & legitimis hereditatibus non vtatur: Vnaquæque ſcilicet ex ſuis legibus ſiue ſcriptis, ſiue non ſcriptis. Nihil enim refert.

ILLATIO IV.

De ſtipulatione & acceptilatione quòd ſint iuris ciuilis.

QVartò ex eodem ſupradicto principio fit vt & ſtipulatio & acceptilatio per conſequens, quia per ſtipulationem contrahitur, iuris tantùm ciuilis dici debeat non iuris gentium, licèt apud omnes ferè gentes receptiſsimus hodie ſit vſus & ſtipulationis & acceptilationis. Ratio enim quæ & ſtipulationẽ & acceptilationẽ induxit tota eſt ciuilis, cùm non tã ex cõſenſu contrahentiũ (etſi eũ interuenire neceſſe eſt *l. inter ſtipulantem* 83. §. 1. D*e verb. obligat.*) quàm ex verbis & ſtipulatio & acceptilatio æſtimetur, ex verbis inquã certis & ſollennibus, *l. 1. de verb. oblig. l. plurib.* 7. *& ſeq.* D. *de acceptil. l. 1.* C. *eod.* quæ ſollennitas non poteſt eſſe iuris gentium, cùm ex ratione naturali eſſe nequeat vt his potiùs quàm illis verbis obligetur quis aut liberetur *l. 1.* §. *eſt autem emptio* D *de contr. empt. l. 1.* D. *locat.* Sed ad ius ciuile tota referenda eſt *l. penult.* D. *de ſolut.* Neque verò iure gentium induci ſtipulationem neceſſe fuit, quæ non aliã ob cauſam inuenta eſt quàm vt id quod iam alioqui debebatur firmiùs & efficaciùs deberetur, & per iudicem magis præciſè peti poſſet. Nomen enim ſumpſit à *ſtipulo* quod veteres pro firmo dicebant, vt Iuſtin. ſcribit *in princip. tit. De verb. oblig.* Pendéntque ſtipulationes omnes ex negotio iam contracto *l. 5. verſ conuentionales* D. *eod.* Iure autẽ gentiũ ſicuti iubetur quiſq; bonã fidẽ agnoſcere *l. cùm amplius* 84. §. *is natura debet de reg. iur.* ita nullis iſtis artibus opus eſt vt quod debetur pręſtetur. Inde eſt quod etiãſi quis ſtipulãti ſpopõderit ſine cauſa, obligatur tamen iure ciuili, qui vtiq; iure gentiũ nullomodo eſt obligatus, Ideóque datur contra eum ex tali ſtipulatione agentẽ exceptio doli *l. 2.* §. *circa* D *de doli except.* cui tũ demũ locus eſſe ſolet cùm id agẽdũ eſt ne cui dolus ſuus per occaſionẽ iuris ciuilis cõtra naturalẽ æquitatẽ proſit *l. 1. eod.* Neq; pugnat quod *in l. an inutilis* 8. §. *vlt. de acceptil.* ſcribit Vlp. hoc iure nos vti vt hodie iuris gẽtiũ ſit acceptilatio. Iã enim reſpõdimus ad Princ. 4. illa. 1. minùs propriè id dictũ eſſe pro eo quod diceret Vlp. voluit hodie apud omnes gẽtes receptũ eſſe vſum acceptilationis, ſicut & ſtipulationis. Id enim eorũ quæ iuris gentium ſunt proprium aut potiùs commune eſſe videtur, vt apud omnes gentes peræquè ſeruentur *l. omnes populi* 9. *in fine* D. *de inſtit. & iur. leg.* 1. *De acquiren. rerum dominio.*

l. 1. De verb. oblig. l. pluribus 7. *& ſeq.* D. *de acceptilat. l.* 1. C. *eod.*

l. 2. §. *circa* D. *de doli mal except.*

l. an inutilis 8. §. *vlt.* D. *de acceptilat.*

Solent enim quæ ſunt iuris ciuilis eius ciuitatis & reipublicæ vbi primùm inducta ſunt finibus coerceri. Cæterùm non eo minùs acceptilationem etiam hodie iuris ciuilis eſſe ille ipſe Vlpiani locus probat, cùm poſt eam illationem *&* *ideo puto & gracè poſſe acceptum fieri* ſubiungit *dummodo ſic fiat vt latinis verbis ſolet*. Ita exigens ſollennitatem illam verborum, quam ius gentium vt diximus non ſolum inducere non poteſt, ſed nec admittere *d. l.* 1. *§. eſt autem emptio* D. *de contr. empt. d. l.* 1. D. *locat.* Verba enim græca hic opponimus legitimis vt & *in leg. penult. C. de teſtam. man. l. vlt.* C. *de teſt. tutel.* legitima verò non alia ſunt quam quæ ciuilia dicuntur *in l. verbis* 7. *De vulg. & pup. ſubſt.*

ILLATIO V.

De actionibus.

l. 2 §. deinde ex his legibus De orig. iur.

QVintò ex eodem Principio fit vt quamuis obligationes penè omnes iure gentium fuerint introductæ, nulla tamen actio iure gentium comparata ſit; ſed omnes quotquot ſunt actiones iure ciuili ſint inſtitutæ *l. 2. §. deinde ex his legibus de origin. iur.* vbi Pomponius ſcribit latis primùm legibus duodecim tabularum adiectáque prudentum ad eas interpretatione eodem ferè tempore actiones compoſitas eſſe, quibus inter ſe homines diſceptarent, quas actiones, inquit ille, ne populus prout vellet inſtitueret certas ſollennéſque eſſe prudentes voluerunt. Nec quod dici ſolet obligationem matrem eſſe actionis *l. licèt* 43. *§. ea obligatio* D. *de procur.* facere poteſt vt quemadmodum obligationes ita & quæ ex iis naſcuntur actiones dici debeant iuris gentium. Quis enim actionum vſus eſſe poſſet, aut quæ neceſsitas ſi ius gentium inter homines inuiolabile ſeruaretur? Comparatæ nimirum ſunt actiones & comparandæ fuerunt ad exercenda iudicia, ób ídque diffinitur actío vt ſit ius perſequendi in iudicio quod ſibi debetur *leg. nihil aliud* 51. *de obligat. & act.* Iudicia autem non niſi contra inuitos exercentur *d. l. inter* 83. *§. 1. de verb. obligat.* id eſt contra eos qui bonam fidem vltro nolunt agnoſcere *l. quoties* 9. *§. ſicut autem verſiculo nec vtique* D. *de admin. & peric. tutor.* Ex quo intelligimus, non minus iudicia quàm actiones iuris eſſe ciuilis, quod hac parte vt & aliàs perſæpe ſubſidiarium eſt iuri gentium, ne alioqui improbo cuique liceat rupta fide ius gentium impunè violare. Ergo & ea omnia quæ ad iudicij exercitionem pertinent iuris ciuilis erunt non iuris gentium, vt puta citatio, libellus, exceptio, replicatio & alia quæ Gothofr. ex ordine congerit ad *l. ex hoc iure* 6. D. *hoc tit.* Etſi non ignoro interpretes noſtros vulgo tradere citationem eſſe iuris naturalis adeóque diuini ex verbis illis Dei Opt. Max. ad Adamum *Adam vbi es*? Sed parum ſubtiliter. Aliud enim eſt fieri citationèm ex ratione naturali quod admitto libentiſsimè, Aliud verò fieri ex iure naturali, quod nego. Omnium enim actionum inſtituendarum principium ab ea edicti parte proficiſcitur quæ eſt de in ius vocando *§. omnium Inſt. de pæn. temer. litig.* Denique eorum omnium quæ tota iuris ciuilis ſunt, cuiuſmodi eſſe diximus actiones & iudicia, partes quoq; omnes iuris ciuilis eſſe neceſſe eſt, ne vna & eadem res diuerſo iure cenſeatur *l. eum qui* 23. D. *de vſucap.* Et vt generalius dicam quæcunque ſollennitatem aliquam deſiderant, ea iuris ciuilis ſem-

Iudicia omnia ſicut & actiones omnes ſunt iuris ciuilis.

ſemper ſunt quod ideo ſollenne ius appellatur in *l. nec ex prætorio 27. de reg. iur.* iuris gentium eſſe nullomodo poſſunt, quia ſollennitates omnes ciuilem tantùm rationem habent (qualis illa eſt quam tradit Pompon. *in d. §. deinde, ne populus prout vellet institueret actiones*) non etiam naturalem. Inde eſt quod circa actiones ſigulis competentes pro arbitrio Princeps diſponere poteſt, circa obligationes quæ ſunt ex iure gentium, non poteſt, vt tractāt noſtri ad *l. vlt. C. ſi contr. ius vel vtil. publ.* quia ius ciuile pro abitrio Principis mutabile eſt, ius gentium non item *§. vlt. infr. hoc tit.* Ius autem ciuile hîc generaliter intelligimus vt etiam prętorium comprehendat ex quo etiam plęręque ſunt actiones *d. l nec ex prætorio 27. De reg. iur.* iis ſcilicet caſibus quibus ciuiles nullæ ſunt proditæ ſi ad id reſpicias quod fuit ordinarij iuris prætorij *l. 3. §. 1. verſ. miratur D. naut. caup. ſtabul.* *L. nec prætorio 27. De reg. iur.*

CONFVTATIO I.

De iis quæ dicuntur eſſe iuris gentium origine, ciuilis verò quantum ad ſollennitates.

Contra hoc Principium pugnat quod vulgo interpretibus placet, teſtamentum, acceptilationem, & alia ſi qua ſunt huiuſmodi origine eſſe iuris gentium, ciuilis verò quòd ad ſollennitates dũtaxat: Sunt enim merè iuris ciuilis tanquam inducta mera ratione ciuili, quamuis apud omnes gentes recepta ſint, vt probauimus. Idque ex eo apparet euidentiùs quod quamuis ſeruitutes iure gentium non ciuili introductas fuiſſe certum ſit, vt diximus in ſuperioribus, Si tamen liber homo maior annis viginti ſe venũdari paſſus ſit ad precium participandum, placet fieri eum ſeruum non gentium iure ſed ciuili *§. pen. infr. De iur. perſon.* id eſt ex ſenatuſconſultis de quibus *in l. 3. D. quib. ad libert. proclam. non licet.* Nimirum quia eæ demum ſeruitutes ſunt iuris gentium quæ inductæ ſunt ratione aliqua naturali gentibus omnibus communi, id eſt per bella & captiuitates, ſine quibus humana ſocietas vt ſuprà diximus ſtare non poſſet. At hæc ſpecies ſeruitutis non niſi ciuilem rationem habet, ciuiúmque romanorum ſpeciali lege conſtitutam. Iuris ergo ciuilis eſt. *§. pen. Inſt. de iur. perſon. l. 3. D. quib. ad libert. proclã. non licet.*

PRINCIPIVM VI.

De iuris ciuilis diuiſione, Ac primùm De legibus ſcriptis earúmque interpretatione.

Omne ius ciuile aut ſcriptum eſt, aut non ſcriptum. Scriptum conſtat ex legibus, plebiſcitis, Senatuſconſultis, Principum placitis, magiſtratuum edictis, prudẽtum reſponſis. Non ſcriptum eſt quod longa conſuetudine populique moribus inductum pro lege cuſtoditur l. ius ciuile 6. §. 1. & l. ſeq. D. hoc tit. l. de quibus 32. D. *de legib.* Eſt enim ſumma & perfecta hæc totius iuris ciuilis diuiſio. Siquidem *ſcriptum* & nõ *ſcriptum* non ſolùm contraria ſunt, ſed etiã contradictoria, inter quę vt dicunt philoſophi, medium nullum eſſe poteſt, nihil tertium. Scriptum autem intelligimus quod ex ſuo ſcripto æſtimatur, ſed ita tamen vt pro ſcripto habeamus non ſolùm id quod verbis & literis disertè expreſſum *L. ius ciuile 6. §. 1. & l. ſeq. De iuſt. & iur. l. de quibus 32. D. de legib.*

H

est,sed id etiam omne quod verisimile sit esse ex sententia legislatoris,siue populus ille fuit,siue Princeps,siue magistratus,siue autoritas prudentum. Etsi enim vt in cæteris omnibus,ita in legibus maximè verba spectanda sunt, propterea quòd non aliud sensisse quis facilè credendus sit, quàm quod dixerit *l. Labeo 7.§.Seruius De supell.legat.l.non aliter 69. De verb.signif.* semper tamen prior atque potentior est quàm vox,mens dicentis *d.§.Seruius ad fin.l.cùm de lanionis 28.§.asinam vers.optimum D.de instruct. & instr.legat.* Ideóque dicimus scire leges non hoc esse,verba earum tenere sed vim ac potestatem *l.scire leges 17.D.de legib.* Et quamuis contra legem non faciat nisi qui facit id quod nominatim lex prohibet , in fraudem tamen legis eum facere , qui saluis verbis sententiam eius circumuenit *l.contra legem 29. eod.* Nam vt Vlp. subiicit in *l.seqq.* fraus legi fit vbi quod fieri lex noluit, fieri autem non vetuit, id fit, & quod distat ῥητὸν ἀπὸ διανοίας, id est dictum à sententia, hoc distat fraus ab eo quod contra legem fit. In quo placet quod Gothofr. notat *ad l. non dubium 5. C.de legib.* fraudem fieri ab vna re ad aliam *l. 3. §.3. in fin.l.7. §. 3.de C.Maced.* à persona ad aliam *l. 5. de donat. int. vir. & vxor.* de contractu ad alium *d.l.5.§.5.* à modo ad alium *l.8.§.14.ad SC Vell.* de nomine ad aliud nomen *l.vlt. C. de assessor.* de tempore ad aliud tempus *l. 3. §. 1. De minor.* denique de quantitate ad aliam quantitatem *l.4. §. 2.de his qui not.infam. l.16. de iur.patron.l.16.vers.qui autem C.de vsur.* Hoc verò ex eo proficiscitur, quòd cùm iura nō in singulas personas sed generaliter cōstituēda sint *l. iura 8.eod.* fieri nō potest vt omnes articuli sigillatim aut legibus aut senatusconsultis cōprehēdātur *l.non possunt 12.eod.* id est omnes casus qui quādoq; inciderint,quia multò plura sunt negotia quàm vocabula *l.4.D. de præsc. verb.* & natura ipsa quotidie varias & nouas formas edere properante necesse est multa emergere negotia quę legū laqueis adhuc nō sit innodata vt loquitur Iustin. *in cōstit.De cōfir.Digest.ad Senatū §.Sed quia diuina.* Quid ergo? Sufficit ea quæ sæpius accidūt legibus cōtineri *l.neq; leges 10. De l.l.3.4.5.& 6.eo.* Deinde ex his quæ primò cōstituta sūt si sētētia legislatoris manifesta sit,id iuris ad similia produci debet aut interpretatione,aut suppletione,aut supremi Principis cōstitutione *l.& ideo 11. d.l.nōpossunt 12.& seq.eo.* Inde etiā est quod Celsus scribit *in l. inciuile 24. eo.ti.* Inciuile esse nisi tota lege perspecta vna aliqua parte eius proposita iudicare vel respōdere, quia cùm pars vna legis per aliā plerūq; declaretur,non nisi tota lex perspecta sciri potest quęnā fuerit mēs & sētētia legislatoris.Sed & pro scripto habetur ea iuris scripti interpretatio,quę lōga populi cōsuetudine recepta est licet scripta nō sit,Optima enim legū interpres est cōsuetudo *l. si de interpretatione 37.eo.* Nec minor est autoritas rerū perpetuò similiter iudicatarū *l.nā imperator 38.eo.* vbi Callistratus scribit ex rescripto Seueri,in ambiguitatibus quę ex legibus proficiscuntur,consuetudinē aut rerū perpetuò similiter iudicatarū autoritatē vim legis obtinere debere. Cęterùm in scripto iure interpretādo ea sēper cautio adhibēda est,vt benignior interpretatio sumatur,quātū fieri potest salua legis volūtate,quę sentētia est *l.benignius 18.eod.* Nā si ex verbis legis tā aperta sit legislatoris voluntas vt de ea dubitari non possit, seruanda lex est quātūuis dura& aspera,nec improbabili interpretatione cōtra legislatoris mētem mollienda *l.prospexit 12.D.qui & à quib.manum.* Item vt si qua sit in lege vox ambigua ea capiatur significatio quæ vitio caret,Pręsertim cùm etiam voluntas legis ex hoc colligi possit *l.in ambigua 19.De legib.* id est si interpretatio illa fa-

L.scire leges 17. eod. tit. De legib.

L. inciuile 24. eod. tit. De legib.

L.si de interpretatione 37. & seq. eod.

L.benignius 18.eod.

L. prospexit 12.D.qui & à quib manum.

L.in ambigua 19. De legib.

illa factura non sit vt eo minùs bonum sensum lex habeat. Quid enim si absurdi aliquid sequeretur, vel inanis lex & illusoria efficeretur? Non careret vitio eiusmodi interpretatio *l. ita vulneratus 15. §. pen. ad leg. Aquil. l. nam absurdum 7. De bon. libert.* Item curandum est quantum fieri potest vt ex ipsius legis verbis sumatur interpretatio. Illa enim semper iustior & certior interpretatio est quæ vel ex verbis colligitur, vel à verbis saltem minùs abhorret. Finge legem aliquid in præteritum indulgere. Possis nō malè ex ipsis verbis sic eam interpretari, vt in futurum idipsum vetare intelligatur *l. cùm lex 22. D. de legib.* Maximè quia legum & constitutionum omnium cōmune illud est vt futuris dent formā negotiis, nec ad præterita vel ad pendentia reuocentur; nisi cùm, id expressum est *l. leges & constitutiones 7. C. eod.* iunct. *l. vnic. C. de contr. iudic. l. sancimus 21. in fin. C. de sacros. eccles.* Sed & iuris scripta ratio si qua sit diligēter inuestiganda est, si nulla sit, vt contingit aliquando in iis quæ sunt iuris positiui & constituti secundum ea quæ diximus ad Princip. 2. tit. super illat. 5. nō eo minùs seruandum est ius scriptum & constitutum, neque curiosiùs exquirenda ratio est, Ne alioqui multa ex his quæ certa sunt subuertantur *l. nō omnium 20. & seq. D. de legib.* Sin ratio aliqua reperiri potest, eam vel singularem vel cōmunē & vniuersalem esse necesse est. Si singularis sit, cōstituit ius singulare, id est quod cōtra tenorē rationis propter aliquam vtilitatem introductum est *l. ius singulare 16. eod.* Et id ius nūquam per interpretationem producendum est ad consequentias *l. quod verò 14. eod.* quā iis in ipso casu in quo singulariter constitutum est, perinde obtineat ac si cū iuris ratione consentiret, quoniā in iis quæ constituta sunt contra rationē iuris non possumus sequi regulā iuris *l. in his 15. eod.* Si verò scripti iuris ratio cōmunis sit & generalis, extēdi ius potest per interpretationē ad omnes casus similes eandē rationem & vtilitatem habentes *l. nam vt ait 13. l. ideo 26. eod.* & è contrario interdū restringi. Certum enim est ex cuiuslibet dispositionis ratione ampliandā esse vel restringendam dispositionem *l. vlt. D. de hered. inst. l. cùm pater 77. §. dulcissimis de legat. 2.* multorum si lex sit fauorabilis non etiam si odiosa. Fauorabilis enim & iuuanda est per interpretationem *l. hoc modo 64. §. 1. De cond. & demonstr.* Odiosa non item *l. cum quidam 19. De lib. & post.* Sic dicimus idem ius esse statuēdum vbi eadem ratio est, ita vt diuersitatis causa reddi nulla possit *vulg. l. illud 32. D. ad leg. Aquil. l. 3 §. vnde etiam de iniust. rupt.* Illud præcipuè cauendum est ne quod fauore quorundam constitutum est, id duriore interpretatione in eorum odium retorqueatur *l. quod fauore 6. C. de legib.* Id enim neque iuris neque æquitatis ratio vlla pati potest *l. nulla 25. D. eod. l. plures apochis 19. in fin. C. de fid. instrum. l. 2. D. de leg. commiss. l. in ratione 30. §. tametsi D. ad leg. falcid. l. 3. §. quæ autem in fin. D. de carbon. edict.* At neque noua interpretatio quærenda est quoties de eo iure scripto agitur quod semper certam habuit interpretationem *l. minimè sunt mutanda 23. D. de legib.* vbi Paulus scribit minimè mutanda esse quæ interpretationem certam semper habuerunt. Cui conuenit quod ait Vlp. *in l. De constit. Princip.* in rebus nouis constituendis euidentem vtilitatem esse debere, vt ab eo iure recedatur quod diu æquum visum fuit. Nā si euidens æquitas posceret, quāuis nihil facilè mutādū sit ex sollēnibus, tamē subueniēdū esset *l. etsi nihil 183. De reg. iur.* Cùm autē noua interpretatio quæri potest & debet, sumitur accommodatè interdum ex prioribus legibus aut etiā ex posterioribus. Neq; enim nouū est vt priores leges trahātur ad posteriores aut

L. cùm lex 22. eod.

L. non omnium 20. & seq. eod.

L. quod vero 14. cum duab. seqq. l. nā vt ait 13. l. ideo 26. eod.

L. illud 32. ad leg. Aquil.
L. quod fauore 6. C. de legib. l. nulla 25. D. eod.
L. minimè 23. eod.
L. 2. de constit. Princip.

L. non est nouum 26. cũ seqq. D. de legib.

vt posteriores etiam ad priores pertineāt, nisi contrariæ sint *l. non est nouum 26. cum duab. seqq. D. de legib.* Contrariæ autem videri nunquā debent si qua ratione conciliari simúlque stare possint, quia iuris veteris correctio præsumenda non est tāquam odiosa *l. sancimus 27. C. de testam. l. præcipimus 32. in fin. C. de appellat.* Quod si ius scriptum cum æquitate pugnet tam apertè vt per interpretationem leniri non possit quin scripto vis fiat, nec tantùm verbis, quod parum curandum esset vt iā diximus, sed etiam sententiæ legislatoris, Princeps necessariò consulendus est, ad quem solum pertinet eiusmodi interpretationem non tā admittere, quàm inducere per nouā constitutionem

L. 1. C. de legib.

l. 1. C. de legib. iunct. *d. l. 2. D. de constit. Princip. d. l. prospexit* 12. D. *qui & à quib. manum.* Et hæc de iure scripto, eiúsque interpretatione in genere dixisse sufficiat, De singulis illius partibus posteà dicemus, tùm de iure non scripto, quæ altera est pars nostræ distinctionis.

Ex superioribus apparet in hoc iuris Principio, *ius ciuile* sumi generaliter quatenus omnes iuris ciuilis tā scripti quàm non scripti partes complectitur, Nō autem specialiter pro eo iure quod ex autoritate & interpretatione prudentum ad fori disputationem accommodatū & ab ipsis prudentibus

L. 2. §. his legibus De orig. iur.

L. ius autē 7. De instit. & iur.

compositum fuit, quod communi nomine retento simpliciter ius ciuile appellari scribit Pōponius in *l. 2. § his legibus De orig. iur.* Nec rursus de eo iure quod ciuile dicitur ad differentiā prętorij & honorarij, Quomodo sumitur appellatio iuris ciuilis à Papiniano *in l. ius autem* 7. D. *hoc tit.* vbi ait ius prętorium siue honorarium illud esse, quod prætores introduxerunt iuris ciuilis adiuuādi, vel corrigendi, vel supplēdi gratia propter publicā vtilitatem, Qua de causa ibidem ille partes omnes iuris ciuilis scripti enumerās prætermisit eā partem quæ ex magistratuum edictis venit, (quo nomine non modò prætorum sed ædilium quoque edicta continentur) quā Iustin. non prætermisit *in §. constat. hoc tit.* Eodémque sensu accipiendum est quod Marcianus scribit

L. nam & ipsum 8. eod.

in *l. nam & ipsum 8. eod.* ipsum ius honorarium nihil aliud esse quàm viuā vocem iuris ciuilis. Si enim vox est iuris ciuilis, Ergo ius ipsum ciuile non est. Neque verò in libris nostris quicquā est frequentius, quàm vt ius prętorium tāquam planè diuersum opponatur iuri ciuili. Sed tamen nihil vetat etiā ius prętorium ciuile dici, sumpto generaliter nomine iuris ciuilis, quatenus opponitur iuri gentium & naturali. Quomodo à nobis post Iustinianum in *d. §. constat.* hucusque acceptum est.

Alia diuisio iuris ciuilis.

L. vlt. D. de legib.

ALiam iuris ciuilis diuisionē Vlp. tradit in *l. vlt.* D. *de legib.* vbi scribit totū ius cōsistere aut in acquirēdo, aut in cōseruādo, aut imminuēdo. Aut enim hoc agitur, inquit, quēadmodū quid cuiusq; fiat, aut quēadmodū quis rē suā vel ius suū cōseruet, Aut denique quomodo alienet vel amittat. Sed minùs perfecta nec satis plena hæc diuisio est. Cōstat siquidē ex iis partibus ex quibus non possis cognoscere quid sit totum, Nec rursus quid iuris ciuilis sit aut non sit. Itaque pertinet magis ad demonstrādum effectum & exercitium iuris quàm ad ius ipsum in partes suas distribuendum. Iuris inquā omnis priuati, quod tripertitum esse supra diximus, Collectū scilicèt ex pręceptis naturalibus gentium & ciuilibus ex eodem Vlp. *in l. 1. §. huius studij De instit. & iur.* Proinde spectat ea diuisio etiam ad ius naturale & gentium non minùs

nus quàm ad ius ciuile. Nec enim ius naturale aut gẽtium versari in alio potest quàm vel in acquirendo, vel in conseruando, vel in minuendo: pręsertim verò ius gentium ad quod dominiorum distinctio vsúsque commerciorum refertur *l. ex hoc iure 6. eod.*

Alia diuisio iuris ciuilis.

POstrema iuris diuisio illa est, quam Iustinianus noster tradit *in §. vlt. huius tituli. Omne ius*, inquit, *quo vtimur vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones.* Sed hæc quoque non tam iuris diuisio est quàm materiæ circa quam ius versatur, nec tam diuisio dicẽda est quàm subdiuisio iuris siue scripti, siue non scripti. Tam enim hoc quàm illud vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones. Non tamẽ perinde potest hęc siue diuisio siue subdiuisio sic intelligi vt ius quoq; naturale & gentium comprehendat, propter factam mentionem actionum, quas omnino ex iure ciuili esse, nec iure naturali aut gentium vel cognitas vel necessarias fuisse iam probauimus. *§. vlt. De iustit. & iur.*

PRINCIPIVM VII.

De legibus, plebiscitis, & senatusconsultis.

LEx est, quod populus Romanus Senatorio magistratu interrogãte veluti Cõsule, constituebat §. lex est hoc tit. Populi autẽ appellatione ciues omnes cuiuscũque ordinis & conditionis contineri nemo nescit, in eóque differre populum à plebe, quo nomine plebeij dũtaxat significantur, Vnde secessus ille plebis à patribus in montem Auẽtinum, De quo Pomponius in *l. 2. §. deinde cùm esset 8. & in §. & cùm placuisset 24. De orig. iur.* Hinc illa legis laus & dignitas, vt sit communis sponsio ciuitatis & reipublicæ, ad cuius præscriptum omnes qui in ea republica sunt, vitam instituere debent, vt ex Demosthene Marcianus & Papin. scribunt in *l. 1. & 2. D. de legib.* Nam quemadmodum in contrahenda stipulatione interrogatio præcedit responsionem, quæ ipsa nihil aliud quàm sponsio est *l. 1. D. verb. oblig. l. iuris gentium 7. §. quod ferè D. de pact.* ita & in ferenda lege præcedebat interrogatio Senatorij magistratus, ad quã totius populi responsio sponsióque sequebatur. Vnde & rogatas leges dicimus, & quod huic contrarium est, abrogatas. Nam in tabellis quibus suffragia ferebantur, hæc verba scripta erant *vti rogas.* Gouean. *in l. 1. D. ad leg. falc.* *§. lex est De iur. natur. gent. & ciuil.* *L. 1. & 2. D. de legib.*

ILLATIO I.

De potestate & dominio legis in personas omnes, & bona omnia ciuium.

EX hoc Principio illud primùm fit vt de iis omnibus quæ ad ciuium vitas & bona pertinent disponere lex possit, tanquã quæ & personarum & rerum omnium domina sit ac veluti regina vt dicebat Chrysippus, licèt alio fortassis sensu cùm de diuinis quoque rebus loqueretur, & de lege in genere, non de ea quæ constitueret partem iuris ciuilis Romanorum, *in l. 2. ad fin. De legib.* Dubitandum enim non est quin respublica quælibet in ciues suos habeat & vitę & necis potestatem, quam olim non solùm domini in seruos, sed etiam patres in filiosfamilias iure patriæ potestatis habuerunt *l. vlt. C. de* *L. 2. ad fin. D. de legib. De patria potestate, & de patria potestate.*

patr.potest. cùm patriæ lōgè maior & potentior sit etiā in filiosfamilias, quàm patria potestas, Vt diximus *ad Princip.vlt.præcedentis ex l.postliminium 19.§.filius quoque De cap & postlim.l.honor.14.§.plebeij De muner.& honor.l.1.§.& generaliter 15.D.de ventr.in poss.mitt* Hinc leges illæ publicorum iudiciorū, quibus tot irrogatæ pœnæ capitis, existimationis, amissionis bonorum, vel omnium, vel ex parte *l.1.& 2.l.infamem.7.& tot tit.De public. indic.l capital.* l 28.*& pass.D.de pœn.* imò etiam amissionis libertatis per irrogationem damnationis ad bestias aut ad metallum *l.vlt.D.de capit.minut.l.si quis filio 6.§.irritum De iniust.rupt.* Ex quo apparet plus posse patriæ quàm patriam potestatem. Libertati enim à maioribus tantùm impensum est, vt patres quibus vitæ ius in liberos necisque potestas olim erat permissa, libertatem tamen iis eripere non possent *d.l.vlt.C.de patr.potest.* Hinc etiam est quod inter modos transferendi iure Quiritium dominij lex enumeratur ab Vlpiano *in Instit.Tit.19.De acquisit.rer.* vbi ait nō nisi sex modis posse dominium iure Quiritium transferri *traditione, mancipatione, cessione in iure, vsucapione, adiudicatione, & lege.* Quod adeò verum est vt quamuis traditio dummodo à domino facta sit modus transferendi ex iure gentium, *l 9.§. hæc quoque de acq.rer.dom.* non aliter tamen efficax sit ad dominium iure Quiritium transferēdum, quàm si fiat ex causa iusta, id est iuri ciuili ac legibus cognita *l.nunquam nuda 31.D. eod.* Indéque nimirùm fit vt res tradita ex causa fideicommissi licet ab herede & domino ac præterea iuxta testatoris voluntatē nō tamē acquiratur accipiēti legitimè & iure Quiritiū *l.3.D.si vsusfr.pet.* sed fiat tantùm res in bonis fideicommissarij *l.facta 63.in princip.D. ad SC.Trebell.* quia ius ciuile non agnoscit fideicommissa *§.1.infr.De fideic.hered.& §.1.infr.De codicill.* Hinc illud quoque est quod lege inductæ sunt hereditates, inducta iura succedendi tam ex testamento quàm ab intestato. Vt diximus *ad Princip.5.illat.3.hoc tit.* quoniam inueniendus erat modus per quem dominium quod viuentis patrisfamilias fuerat in eius defuncti successorem transferretur. Hinc etiam, quod prætor non potuit facere heredem *§.quos autem infr. De bonor.poss.* quia cùm heres nihil nisi dominium significet *§.vlt.Inst.de hered.qualit.& diff.* nō potuit prætor facere dominū, quia, nec potuit facere legem, quæ scilicet non ex huius vel illius magistratus voluntate, sed ex totius populi & reipublicæ consensu ac sponsione æstimatur, & ad quam solam ideo pertinet, vt de ciuium suorum bonis eorúmque dominiis pro arbitrio disponat. Hinc denique quod nemo facere potest ne leges in suo testamento locum habeant *l.nemo 55.De legat.1.*

L.vlt.D.de capit.minu. Iunct.l.vlt. C. de patr. potest.

Modi sex transferendi olim dominij iure Quiritium.

L. nūquam nuda 31. D. de acquir. rer. domin. L 3. D.si vsusfr.pet.

§. quos autē Instit.de bonor.poss.

L. nemo 55. de legat. 1.

ILLATIO II.

De imperio legis, & de legatis & fideicommissis.

L.legis virtus 7.D. de legib.

SEcūdò ex eodem Principio fit quod Modestinus scribit *in l.legis virtus 7. De legib.* vt legis virtus ea sit *imperare, vetare, permittere, punire.* Sunt enim ista omnia consequentia ei legis dignitati & autoritati vt omnium & hominum & bonorum quoquot in republica sunt, domina esse intelligatur. Vnde & legatum tanquam à lege dictum, sic definit Vlp.in Titulis, *Legatum est quod legis modo imperatiuè relinquitur.* Ideóque fortasse non fuerunt per legem confirmata fideicommissa, ne quidem ex prudentum interpretatione

tatione ad verba tam generalia legis 12.tab. *Paterfamilias vti suæ rei legaßit ita ius esto l.verbis 120.de verb.signif.* quia lex quæ testatoris voluntatem duntaxat subsequitur & confirmat, imperare non poterat vt id fieret quod testator fieri tantum rogasset, Alienum autem à legis maiestate & dignitate videbatur, vt ciuem suum rogaret, cui potius imperare & posset & deberet. Nam & verbum illud *legaßit* non alium habet sensum quàm si scriptum esset *legem fecerit*, id est, *imperarit*. Nec quod tandem fideicommissa iuris vinculum & obligationem habere cœperint *d.§.1.De fideic.hered* facere potuit vt ad fideicommissa quoque lex duodecim tabularum extenderetur. Nõ solùm quòd legibus omnibus commune illud sit, vt quem effectum ab initio non habent & eo tempore quo feruntur, eum habere nunquã possint, quia semel tantùm lex loquitur, & in ipsum perpetuo, quod semel, Sed etiam quia confirmatio illa fideicommissorum, vt ad eorum præstationem obligetur etiam inuitus is qui rogatus tantum fuit, licèt non fiat contra testantis voluntatem, fit tamen præter voluntatem, nec proinde pertinere potest ad legem duodecim tabularum quæ supremas defunctorum voluntates confirmat tantummodo, non etiam auget. Non tamen omnes leges eiusdẽ hac parte sunt virtutis, & potestatis. Quædam enim sunt perfectæ, quædam imperfectæ. Perfectæ dicuntur ea quæ non solùm vetant aliquid fieri, sed etiam quicquid contrà factum fuerit rescindunt. Imperfectæ sunt è contrario quæ ita vetant quid fieri, vt tamen quod contrà factum sit, non rescindant, vt Vlpianus in Titulis tractat *tit.1.princip.* vbi exemplũ adfert ex lege Cincia quæ certum modum donationibus præscribit, & vltra eum modum donari quid vetat, nec tamen quod supra modum donatũ est rescindit, Sed ea distinctio sublata hodie est per *l.non dubium 5.C.de legib.* quæ ipso iure cassum & inutile esse vult, quicquid factum est contra legis prohibitionem, quamuis lex id non dixerit.

L.verbis legis 120 De verb signif.

Cur lex 12. tab. etiam hodie non porrigatur ad fideicommissa.

L.non dubiũ 5.C.de leg.

ILLATIO III.

De plebiscitis & Senatusconsultis, eorúmque potestate. Itémque de Principum constitutionibus.

TErtiò ex eodem Principio fit, vt neque plebiscita, neque Principum constitutiones & mandata vim vllam habeant ad vniuersum populum obligandum nisi ex legibus in eam rem latis, & quas ideo ferri necesse fuit. Nam quod ad plebiscita lex Horatia primùm lata fuit vt refert Gellius *lib. 2.noct. Attic. cap. 25.& Plin. lib.16. cap.10.* deinde lex Hortensia vt plebiscita non minus valerent quàm leges, quemadmodum hîc Iustinianus ait, post Pomponium *in d.l.2.§. deinde cùm esset De orig.iur.* vbi addit ille ita factum esse vt inter leges & plebiscita species tantùm constituendi interesset, potestas autem eadem esset. Quod ad Principum verò constitutiones lata est lex regia per quam populus Principi & in Principẽ omne suum imperium & potestatem cõcessit *§.sed & quod Principi hoc tit.§.Sed & hoc studiosum l.1.C.de veter.iur.enucl.l.1.D.de constit.Princip.* Non enim totius populi potestatem habere poterat nisi is cui populus eam dedisset. Excipiũtur tamen senatusconsulta, quę vt legis vim haberent, nulla lege expressa factum est, sed ex necessitate potius, quia cùm auctus esset populus romanus in eum modum vt difficile esset in vnum conuocari legis sanciendæ gratia æquum visum est, vice populi Senatum consuli vt, Iustinianus tradit in

L.2.§.deinde cùm esset De orig. iur.

§. sed & quod Principi Inst.hoc tit.l.1. D.de const. Princ. §. Senatusconsultum hoc tit.

§.Senatusconsultum huius tit. Ex quibus verbis constat Senatusconsulta ideo vim legis habere non quod à patribus simpliciter constituta sint, sed quod à patribus vice populi, Vt proinde dubitãdum non sit quin ea omnia quę per legem fieri potuerunt, etiam per senatusconsultum fieri potuerint, ex lege si minùs expressa saltem tacita totius populi vltro patientis per tot secula eã esse senatusconsultorum autoritatem. Quò pertinet quod Modestinus scribit in *l.pen. De legib. omne ius*, inquit, *aut consensus fecit, aut necessitas constituit, aut firmauit consuetudo.* Illã enim partem distinctionis *aut necessitas constituit* ad senatusconsulta refert, nec malè Iacob. Cuiacius in *paratitl. ad tit. D. de leg. ex l.2.§. deinde quia difficile De orig. iur.* vbi scribit Pomponius necessitatem ipsam deduxisse curã reipub. ad Senatum, & ita cœpisse Senatum se interponere, *& quicquid constituisset*, inquit, *obseruabatur.* Adde eundem Cuiac. *lib.14. obser. cap.16.* Nemo tamen dixerit, Senatum posse facere legem, neque ita loquitur Vlp. *in l. non ambigitur 9. De legib.* sed ita vt dicat, non ambigi quin Senatus facere ius possit. Aliud nãque est ius facere aliud facere legem, quamuis ius quod facit Senatus tale sit vt legis vim habeat, tanquam à Senatu factum vice populi vt dixi, Sic nec lege Hortensia factum est vt plebiscita leges essent, sed tantùm vt legum vi ac potestate censerentur, Etsi leges quoque appellantur *l.1. D. ad leg. Aquil.* vbi additur potuisse plebiscito etiam legi 12.tab. derogari.

L.pen. D. de legib.

L. non ambigitur 9. eod.

L.1. D. ad leg. Aquil.

ILLATIO IV.

De legum & senatusconsultorum & plebiscitorum generalitate.

QVartò ex eodem Principio fit vt leges generales esse debeãt non in singulas personas, in eóque differunt à constitutionibus Principum quę vt plurimùm sunt personales *l.3. l. omnes 10. C. de legib.* iunct. *l.2. eod. l. iura 8. D. eod.* Sic & plebiscita generalia sunt, & senatusconsulta, tùm etiam cùm certa persona senatusconsulto causam dedit, vt apparet ex SC. Macedoniano *l.1. D. de SC. Maced.* Cur enim aut vniuersus populus aut plebs interrogaretur aut vice populi Senatus consuleretur, vnius hominis causa? Repugnabat enim lex duodecim tabularum, *Priuilegia ne irroganto.*

L.2. l. omnes 10. C. de legib. l. iura 8. D. eod.

ILLATIO V.

De tacita legum abrogatione.

QVintò ex eodem Principio fit, vt leges non solùm suffragio populi, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogẽtur *l. de quibus 32. in fin. D. de legib.* vbi sic Iulianus infert ex eo quod priùs dixerat, non alia ex causa leges nos tenere quàm quòd iudicio populi sint receptæ. Nihil enim tã naturale est quàm dissolui vnũquodque eo modo quo colligatum est *l. nihil tam naturale 35. De regul. iur. l. prout 80. De solut.* Dices, Huic rationi potius consequens esse, vt non possint sine suffragio & ad Consulis interrogationem latæ sunt. Respondeo cum Iuliano in *d. l. de quibus*, Nihil interesse an suffragio populus suam voluntatem declaret, an rebus ipsis & factis *l. non tantum 5. D. rat. rem haber.* Ex quo ibidem infert Iulianus illa etiam quæ sine vllo scripto populus probauit, perinde tenere omnes, legisque scriptæ & rogatæ vim obtinere. Consequens igitur illud quoque est vt & plebiscita & sena-

L. de quibus 32. D. eod. in fin. D. legib.

& Senatusconsultum æquè per desuetudinem tacito populi consensu abrogentur, non solùm quod maiorem potestatem habere non debeant, quàm si leges essent, sed etiam quia quicquid viriũ & potestatis habent, id ex populi tacito consensu habent non ex sola vel plebis, vel Senatus autoritate. Cõstitutionum principalium alia ratio est, vt ad sequens Principium dicemus.

PRINCIPIVM VIII.

De constitutionibus & mandatis Principum.

L*Ege regia, quæ de Principis imperio lata est, populus ei & in eum omne suum imperium & potestatem concessit* §. *sed & quod Principi hoc tit.* Huius legis regiæ meminit etiam Iustin. *in l.1.§. sed & hoc studiosum* C. *de vet. iur. enucl.* quæ aliàs est constitutio *De concept Digest.* vbi disertè Iustinianus scribit, ex antiqua illa lege quæ regia nuncupabatur, propterea quòd pro regibus lata esset, translatum esse omne ius omnémque potestatem populi romani etiã in Imperatoriam potestatem. Videtur etiam ad hanc legem respexisse Pomponius, licèt nulla eius mentione facta *in l.2.§. quod ad magistratus* 14. *De orig. iur.* cùm scribit initio ciuitatis romanæ reges omnem potestatem habuisse. Fuit autem illa lex non minùs honorifica regibus, quàm populo damnosa, ne supremam illam potestatem per vim & iniuriam accepisse dici possent quæ à populo per generalem legem iis tributa esset.

§. sed & quod Principi hoc tit.

l.2. §. quod ad magistratus 14. De orig. iur.

ILLAT. I.

De potestate constitutionum Principis vt habeant vim legum.

EX hoc Principio illud primùm fit vt quicquid Principi placuit legis habeat vigorem *d.§ sed & quod Principi*, *l.1.D. de constit. Princip.* vbi Vlpianus in hanc ipsam sententiam meminit legis regiæ, Insértque generaliter quicquid imperator per epistolam & subscriptionem statuit, vel cognoscẽs decreuit, vel de plano interlocutus est (id est non adhibita causæ cognitione *l. nec quicquã* 9.§.1. *De offic. pro cõs. l. omnia quæcunque* 71. *de reg. iur.*) vel edicto præcipit, legem esse, id est perinde ius facere acsi lex esset, & has esse quas constitutiones appellamus. Denique constitutio Principis facit legem vt Tryphon. loquitur in *l. in bello* 12.§. *manumittendo* 9. *vers. at is de quo quæritur de capt. & postlim.* Sed hoc tamẽ accipiẽdũ est cũ distinctione. Etsi enim quicquid à Principe quoquomodo constituitur valet, ac ius facit non tamen cõtinuò lex est, sed id demũ quod à Principe cõstitutum est generaliter ad hoc vt esset lex generalis, quemadmodum explicat Harmenop. *lib.1.tit.2.* Cúmq; ex cõstitutionibus Principũ quædam sint personales, quæ nec ad exemplum trahũtur, nec personã egrediuntur, vt puta si quid Princeps alicui ob merita indulserit, vel si quã pœnã irrogauerit, vel denique si cui sine exẽplo subuenerit, *d.l.1. in fin.* nemo rectè dixerit esse eas leges, quãuis possit admitti hactenus vim legis habere quod in suis casibus ius faciũt. Idq; ab Imp. Theodosio & Valẽtin. disertè constitutũ est *in l.2.C. de legib.* in illis verbis *nec generalia iura sint, sed leges faciant his duntaxat negotiis atque personis pro quibus fuerint promulgata.* Quò etiã pertinet distinctio illa Iustiniani *in l. vlt. C. eod.* Si imperialis maiestas, inquit causam cognitionaliter examinauerit & partibus cominus constitutis sententiã dixerit, censendã esse eã legem non solùm illi causæ pro qua producta est, sed & omnibus similibus, vt intelligamus si quid

l.1. D. de cõstit. Princip.

l. in bello 12. §. manumittendo vers. at is de cap. & postlim.

Constitutiones Principum sæpe personales, Leges semper generales.

l.2.C. de legib.

l. vlt. C. eod

è contrario Princeps per epistolam, & subscriptionem sine causæ cognitione constituerit, generalis legis vim habere id non debere sed specialis, id est priuilegij, quod ipsum vel ex nominis etymo, nihil nisi priuata lex est. Eadémque Impp. Theodosij & Valentin. sententia est *in l.3.eod.* Porrò priuilegiorum ex mera Principis indulgentia emanantiū vnde & beneficia appellantur, singulare ius est vt quàm plenissimam recipiant interpretationem *l.pen.D.de constit.Princip.l.2.C.de bon.vac.lib.10.tit.10.* scilicet dummodo non in alterius dispēdium vergant, ne incipiant fieri iniqua *l.ex facto 43. De vulg. & pub.subst.l.2.§.meritò & §.si quis à Principe.D.ne quid in loc.public.* Quidni enim liberalitatem & indulgentiam Principis plenissimè interpretemur, cùm eam faciendæ liberalitatis & indulgentiæ potestatem Princeps habeat ex populi indulgentia & liberalitate? Videtur vtique Princeps hoc casu reddere potiùs quàm dare *arg.l.si verò non remunerandi 12.§.idem Papinianus D. mandat.* Sanè Principis est interpretari, quem sui beneficij modum esse velit *d.l.ex facto l.Neratius 191.De reg.iur.*

l.3.eod. De priuilegijs.

ILLAT. II.

De potestate Principis supra leges.

SEcundò ex eodem Principio fit vt Princeps sit solutus legibus nec tantùm pœnariis, vt interpretatur Harmenop. *lib.1.tit.1.* sed etiam alijs quibuscunque, Augusta non item nisi ex priuilegio *l.Princeps 31.D. de legib.l.ex imperfecto testamento 23.De legat.3.* Nam cùm lex regia omne ius omnémque potestatē populi transtulerit in Principem, non etiam in Augustam, planè consequens est, vt Princeps non priuati sed totius populi iure censeatur. Populus autem, si vniuersitatem ipsam consideremus, solutus erat legibus cùm pro arbitrio leges condere & abrogare posset, nec tantùm expresso suffragio, sed etiam vt suprà diximus tacito consensu: quamuis quilibet è populo legū vinculis teneretur. Ergo & Princeps est supra leges, earúmq; pro arbitrio & condēdarū & abrogādarū ius habet, non etiā Augusta, ad quam scilicet lex regia non pertinet. Hinc est quod principum constitutiones plæræq; vt modò dicebamus sunt personales, & priuilegia, quia lex duodecim tabularum quæ priuilegia irrogari prohibet, non ligat Principem, sicut & eam abrogare populus, si voluisset, potuisset. Nec sanè priuilegia vlla in iure nostro reperias inducta legibus, sed omnia ex Principum constitutionibus, Cuiusmodi sunt priuilegia illa militum vt testari possint quomodo velint, & pro parte decedere testati, pro parte intestati, heredē habere ex tempore & ad tēpus aliáq; similia, de quibus *in Tit.De milit.testam.D.& C.* Esse enim ex constitutionibus Imperatorū scribit Iustin. *initio eiusd.tit.* post Vlp. *in l.1.eod.* Itémq; tot priuilegia dotiū, quæ Iustinianus nimio fauore mulierum contra iuris veteris rationem induxit *l.vnic.C de rei vxor.act.l.assiduis 12. C. qui potior.in pignor.hab.* Sanè sunt etiam nonnulla priuilegia quæ sola prudentum autoritas & interpretatio, ex summa æquitate & ex ipsa negotiorum qualitate inducere potuit, qualia sunt priuilegia tacitæ hypothecæ in casibus de quibus *in tit.In quib.caus.pign.vel hypoth.tacit. contr.* itémq; prælationis in vtilitatem certi generis creditorum siue chirographariorum siue hypothecariorum, de quibus in *l.interdum 5.& seqq.D.qui potior.in pignor.hab. & in tit. De priuileg.credit.* secundum vulgarem titulorum distinctionem. Quod ideo addo quia in Pand.Florēt. non est titulus ille distinctus *à tit.De reb.autor. iudic.*

l.Princeps 31.D. de legib.l.ex imperfecto 23. De legat.3.

l.1.D.de testam. milit. l.vnic.C.de rei vxor. act.l.assiduis 12.C. qui potior. in pignor. hab.

De priuilegijs inductis ex sola prudentū autoritate.

dic.possid.vel venund. Hinc etiam est,quod illa etiam quæ per legem fieri non possent, Principes ex priuilegio faciunt plerumque & facere possunt, Puta vt qui semel heres fuit desinat esse heres. Id enim euenit in herede quẽ miles instituit ad tempus *l.miles ita* 41. *D.de milit.test.* quod tamen per legem fieri non posse ostendunt exempla legis Sentiæ *l.ei qui soluendo* 88. *D. de hered.inst.*& Senatusconsulti Trebelliani *§.restituta infr. De fideic.hered.* Nec enim dubitandum est quin Senatus potuerit heredem facere sicut & lex posset, vt apparet ex Senatusconsultis Tertylliano & Orficiano *l.1.& tot. tit. ad Sc.Tertyll.* nec rursum quin facturus fuerit Senatus vt fideicommissarius per hereditatis restitutionem heres fieret si facere potuisset vt semel heres desineret esse heres, Quod tamẽ vt fieri non potuerit ne quidem per legem in causa illud est,quod acquisitio hereditatis non tantùm sit iuris,sed etiam facti *l.pro herede* 20.*l.aditio* 45.*l.gerit* 88.*de acquir. hered.* factum autẽ pro infecto haberi nõ potest *l in bello* 12.*§.facti De capt.& postlim.l.verum est* 31. *De reg.iur.* In cóque errant egregiè interpretes qui putant post Bart.*ad l. vlt. D. ad SC.Tertyll* posse fieri per legem &consequenter vt illi inferunt etiam per statutum vt quis posit desinere heres esse, nec tamen habent vnde id probent,nisi ex priuilegiis militarium testamentorum. Quasi sint illa ex legibus ac non potiùs ex constitutionibus Principum qui non alia ratione concedere illa potuerunt, quàm quia sint supra leges: Inde namque factum est vt militaribus testamentis priuilegium dederint, ne vllis testamentorum legibus obstricta essent: Et vt posit miles etiã ab initio decedere pro parte testatus, pro parte intestatus, quod in paganis omnino diuersum est *l.ius nostrũ* 24.*de reg.iur.*iun. *l.circa* 24.*D.de inoff.testa.* Nec est contrariũ quod Plinius in panegyrico ad Traianũ scribit nõ esse Principẽ supra leges, sed leges supra Principẽ. Id enim nõ tã ad rei veritatẽ &substãtiã quàm ad boni Principis mores & cõdicionẽ referendũ est. Digna siquidẽ vox maiestate regnãtis, legibus se alligatũ non solutum profiteri, Adeò de autoritate iuris pẽdet principis autoritas. Et re vera maius imperio est legibus submittere principatũ, inquit eleganter *l.digna vox* 4.*C.de legib.* Eodémq; sensu accipiendũ est quod Paulus scribit in *d.l.ex imperfecto* 23.*de legat.*3. decere Maiestatẽ Imperatoris eas seruare leges quib .ipse solutus esse videatur, Nõ quod reuera nõ sit solutus, sed quòd multò decentius ei sit alligatum se profiteri: licèt alij aliter interpretẽtur post Cuiac.*lib.*15.*obser.c.*30. Hoc ipsum tamen quod dicimus Principẽ esse supra leges sic intelligi volumus vt sit supra leges ciuiles non etiã supra eas quæ sint iuris naturalis aut gentium. Neq; enim populus lege regia potuit transferre in principem plus iuris quàm ipse populus haberet suo iure *vulg.l.nemo plus iuris* 54.*De reg.iur.* Nũquã autẽ licuit populo naturale ius aut gentiũ violare *§.vlt.infr.hoc tit.* Ex quo infero nullã esse in Principe quamuis supremo si non etiam tyranno,absolutã potestatẽ per quam posit eam rem quæ tua sit iure gentiũ tibi inuito aufferre pro arbitrio. Nec si pro precio tibi offerat duplum aut triplum iustæ æstimationis,quoniam id & naturali & gentium iuri repugnat *l.ex hoc iure D.de inst.& iur.l.id quod nostrum est* 11.*De reg.iur.l.nec quasi* 70.*D.de rei vindic.l.non enim* 9.*D.rer.amot.* Nisi fortasse ex causa publicæ vtilitatis cui aliter prospici non posit, Perpetua enim & sine exceptione est illa lex duodecim tabularum *Salus populi suprema lex esto.* Itaque numquam probaui distinctionem istam interpretum qui duplicẽ in Principe volunt esse potestatem, Absolutã vnam,ordinariã alterã

l.miles ita 41.D de milit.testam.l.ei qui soluẽdo 88 D. de hered.instit. §.restituta Inst. de fideic. hered.

Non potest fieri per legem, neque per statutũ vt quis semel heres, desinat heres esse.

l.digna vox 4.C.de legib.

Princeps nõ est supra ius naturale, aut gentiũ

De potestate absoluta.

Salus populi suprema lex.

ILLATIO IV.

De rescriptis principalibus contra ius impetratis.

QVartò ex eodem Principio fit vt vniuersa Principis rescripta contra ius elicita vel contra publicam vtilitatem à iudicibus omnibus refutari negligique ipsis etiam imperatorum constitutionibus iubeantur *l. 3. l. rescripta 7. C. de precib. Imp. offer. l. vlt. C. si contr. ius vel vtil. public.* Credibile namque est, populum cuius iure & potestate Princeps vtitur, nũquam tale quid sanciturum fuisse quod non solùm generali iuri, sed etiam publicæ vtilitati repugnaret. Id verò à Principe tanto alienius est, quod ipsius autoritas nõ iã à populo dependet, sed à iuris autoritate *d. l. digna vox 4. C. de legib.* facit *l. 2. C. de mand. Princip.* ibi, aut aliquid diuersum iudicari ab iis quæ apud ipsos fiunt. Vnde fit vt si quando Princeps aliquid iniqui rescripserit alitérve cõstituerit, credendus sit, vel impetrantis calliditate & mendaciis deceptus fuisse, vel importunis precibus adactus, potiùs quàm proprio & spontaneo motu ad id rescribendum inductus. De Principis enim erga subditos suos pietate & iustitia benignè semper quantum fieri potest suspicandum est ne cuiquam facere iniuriam voluisse existimetur, vt scripsimus ad Princip. 2. *sup. tit. prox. ad fin.* Inde fit vt siue Principi obreptum sit, tacita scilicet veritate, siue subreptum, id est, expresso mendacio, non solùm rescripti fructu carere impetrans debeat *l. 2. C. de legib. l. vlt. C. de precip. Imp. offer. l. 2. 3. & 4. C. si contr. ius vel vtil. publ. l. vniuersa 7. C. de diuers. rescript.* sed etiam puniri debeat mendacium, si nimia mentientis improbitas inueniatur etiamsi alioqui legibus consentaneum sit rescriptum, Inquit *l. etsi legibus 5. C. si contra ius vel vtil. publ.* Planè si leue mendacium sit, quo etiam tacito non eo minùs nec difficiliùs fuerit Princeps idem rescripturus, aliud est, quia non potest videri dolo malo fuisse mentitus nec animo decipiendi Principis qui tale mendacium expresſit, Sicut nec is qui non omnia expresſit quæ exprimi potuerũt, si non consulto quid tacuerit ex iis quæ expressa potuissent Principem à concedẽdo rescripto prorsus reuocare vel eum reddere difficiliorem *l. 1. eod. tit.* Inde etiam est quod à concesſione rescripti appellari non potest *l. ne causas 15. C. de appell.* quoniam qui appellat de iniquitate conqueritur *l. 1. D. eod. l. praefecti 17. D. de minor.* Sacrilegij autem instar est de Principis aut æquitate aut potestate dubitare *l. sacrilegij 5. C. de diuers. rescript.* iunct. *l. 4. C. de emancip. liber.* Quid ergo? An appellationis auxilium ei denegabitur? Minimè. Appellari enim potest *l. 2. C. de appellat. l. 1. §. 1. D. eod.* Sed ab interpretatione aut ab executione non à concesſione. Ita ex pragmaticorum Gallorum sententia Gothofr. *ad l. 2. C. si contr. ius vel vtil. publ.* vide text. elegantem in *l. 1. vers. quid ergo est D. quand. app. sit & intr. quæ tempor.* Item per viam exceptionis potest impugnari rescriptum ad falsas preces concessum *d. l. 2.* Facit enim vitiũ obreptionis aut subreptionis vt qui habet rescriptum à Principe non idcirco censeatur habere ipsius voluntatem. Siquidem voluntas Principis aliquid concedentis tacitam condicionem illam semper habet si preces veritate nitantur *d. l. vniuersa 7. C. de diuers. rescript.* cùm ex facto ius oriatur, & consequenter ad propositam facti speciem semper accommodetur *l. si ex plagis 52. §. cliuo D. ad leg. Aquil. l. vt responsum 15. C. de transact.* Quæ ratio facit vt non aliud dicendum sit si prætori obreptum proponatur *l. 1. §. 1. l. 5. §. penult. D. de*

l. rescripta 7. C. de precib. Imp. offer. l. vlt. C. si contr. ius vel vtilit. public. l. 2. C. de mand. Princip.

l. 2. C. de legib. l. vlt. C. de precib. Imp. offer. l. etsi legib. 5. C. si contr. ius vel vtili. public.

l. 1. eod. tit. l. ne causas 15. C. de appellat.

De vicio obreptionis & subreptionis.

reb.eor.qui sub tutel.l.tres tutores 55.§.*vlt.D.de admin.tutor.*aut etiam iudici cuius religio falsis allegationibus aut testibus aut instrumentis sit circumuenta *l.Diuus* 33.D.*de re iudic.l.*2.*& vlt.*C.*si ex fals. instrum.*

CONFVT. I.

De iniquitate rescriptorum, constitutionum, & edictorum.

ERgo contra hoc Principium peccant Principes, quotquot aut rescriptis aut constitutionibus suis & edictis generalibus id agunt vt contra publicam vtilitatem nouum ius inducant ex quo vel vniuersus populus, vel ex populo aliquis vel vnus damnum & iniuriam sensurus sit. Abuti enim illud est, non vti ea potestate quam populus lege regia à se abdicatam, & in populum principem translatam voluit. Neque enim vnquam populus aut sibi ipsi aut alicui ex suis ciuibus iniuriosum ius induxisset. Vix tamen Princeps quisquam credendus est ea esse voluntate vt iniquum aliquid sciens statuat, vt suprà diximus.

CONFVT. II.

De potestate absoluta.

Potestas boni Principis absoluta, quam vocant, nulla est.

PEccant etiam interpretes, qui Principi duplicem potestatem tribuunt vt iam diximus. Ordinariam vnam, & absolutam alteram, hanc appellantes, per quam liceat ei facere quicquid velit, & illa etiam quæ à gentium adeóque naturali iure abhorreant. Qua distinctione si vera est id assequuntur vt nulla iam distinctio sit inter Principem bonum, & tyrannum, quemadmodum à recentioribus plerisque rectè ac verè disputatum est qui istam plenitudinem potestatis, non insulsè plenitudinem tempestatis appellarunt: Non enim populus suam potestatem suúmque imperium transtulisset in Principem si non existimasset Principem ea ipsa constituturum quæ populus ipse pro publica vtilitate fuerat constituturus. Exemplo eius quod de præfectorum prætorio dignitate & autoritate scribit Iurec. *in l.vnic.§. his cunabulis De offic. præf.præt.* vbi ait voluisse Principem appellari posse à præfectis prætorio, propterea quòd credidit eos qui ob singularem industriam explorata eorum fide & grauitate ad huius officij magnitudinem adhibentur, non aliter iudicaturos esse pro sapientia ac luce dignitatis suæ quàm ipse foret iudicaturus.

CONFVTATIO III.

De clausula Motu proprio.

PEccarunt denique contra hoc Principium illi qui primi clausulam *motu proprio* in rescripta Principum inuexerunt, ne obijciendæ subreptionis vel obreptionis periculo subiacerent. Tritum enim est eam huius clausulæ vim esse, vt tollat omne vicium obreptionis aut subreptionis: quasi nō posit videri Princeps alieno mendacio deceptus fuisse motúsque ad concedendum id quod proprio motu concesserit. Et tamen nihil est frequentius quàm vt in iis etiam rescriptis quæ ad importunas mendacis impetrantis preces conceduntur clausula ista inseratur, maximè verò in Pontificum rescriptis, etsi nec imperatoribus nostris incognitum id fuisse constat ex *l.*3.

C.de

C.de legib in illis verbis, *siue eas nobis spontaneus motus ingesserit, siue precatio, siue relatio vel lis mota legis occasionem postulauerit.* Inde est quod apud nos in rescriptis ordinariis in parua, vt vocant, Cancellaria, obtinendis nunquam clausula hæc inseritur, vt ei contra quem rescriptum impetratur salua sit mendaciorum præscriptio, quomodo loquitur *l.2.C.si contr.ius vel vtil. public.* quā & aduersus ea rescripta quibus Princeps ipse subscripserit opponi posse, Principes nostri optimi iurisque religiosissimi voluerunt. Sed neque huic clausulæ multum tribuere solet Senatus noster quoties eam calliditate impetrantis potiùs quàm spontanea Principis voluntate insertam videt. Ac sanè sicuti quod à populo decepto constitutum esset, ratū haberi non deberet nisi concurrente fauore publicæ vtilitatis, vt in *l.3.de offic.præt.* ita nec quod à Principe: quia decepti Principis & consequenter errantis volūtas nulla est *l.si per errorem* 15. *De iurisd.l.nihil* 116.*§.vlt.De reg.iur.* *l.2.C.si cōtr.ius vel vtilit.publ.*

PRINCIPIVM IX.

De responsis prudentum.

ANtiquitus constitutum fuit, vt essent qui iura publicè interpretarentur, quibus à Cæsare ius respondendi datum est, qui Iureconsulti appellabantur, quorum omnium sententiæ & opiniones eam autoritatem tenebant vt iudici recedere ab eorum responso non liceret, quemadmodum est constitutum. Ita Iustinianus *in §.1. responsa hoc tit.* Quod tamen non ita accipiendum est, quasi longo ante Cæsares tempore nullus fuerit in ciuitate vsus prudentum, nullàve ipsorum autoritas. Refert enim Pomponius *in l. 2.§.his legibus latis* 5. *De orig.iur.* statim post latas leges vt naturaliter euenire solet, cœpisse interpretationem legum desiderare prudentum authoritatem, & necessariam esse fori disceptationem: ideóque ius illud quod sine scripto venit per iuris scripti interpretationem compositum fuisse à prudentibus, nulláque propria denominatione accepta communi nomine ius ciuile appellatum esse: compositas item ab ijsdem prudentibus actiones legitimas quibus inter se ciues disceptarent, ne cuilibet ex populo eas pro arbitrio instituere liceret. Denique si verum est quod idem Pompon. scribit *in d.l.2.§.post originem* 13. nō posse ius constare nisi sit aliquis iurisperitus per quem posit quotidie in melius produci, non potuisset ius ciuile in eam dignitatem & amplitudinem crescere in qua temporibus Augusti Cæsaris fuit si non maxima iam inde ab initio nascentis iuris, autoritas prudentum fuisset. Sic igitur accipi debet quod Iustinianus scribit, vt ab Augusto longè maior autoritas, quàm anteà esset, prudentum responsis accesserit, inducto eo vt non tam ex causa propria & pristina, quàm ex ipsius Cęsaris autoritate de iure responderent, Teste eodem Pompon. *in d.l.2.§.penult.vers.primus Diuus Augustus.* Vnde illud quoque fieri & constitui necesse fuit vt ab eorum responsis quę scilicet imperatoriam autoritatem pręseferebant, recedere iudicibus non liceret.

§.responsa hoc tit. *l.2.§.his legibus latis 5. §.post originem 13.& § penult.D. de orig.iur.*

dito vt quicquid ex prudentum responsis in pādectas relatum est,pro eo habeatur acsi ex Iustiniani ore profectum esset,Interpretibus verò, ne mentiar si generaliter dicam prudentibus nostri temporis, tale priuilegium nullum vnquam datum est,Imo expressim prohibitum à Iustiniano ne suis commētarijs & interpretationibus adeò præclara illa prudentum veterum responsa obscurent & deforment .In quo si boni Imperatoris voluntati paritum fuisset,non ea nunc difficultatum & errorum nedum librorum mole qua miserè premitur ius nostrum laboraret.

CONFVTATIO I.

De iis quæ interpretes prætextu æquitatis contra ius induxerunt.

ITaque peccant contra hoc Principium interpretes nostri quoties aut manifesta iuris ignoratione qua nihil apud eos frequentius, aut etiam nescio cuius æquitatis commentitiæ prætextu non erubescunt respondere contrà quàm à veteribus iuris cōditoribus responsum fuerit,quasi meliores aut iuris,aut æquitatis magistri,& prudentibus ipsis prudentiores.

CONFVT. II.

De iis quæ passim Doctores supplent in legibus,contractibus & testamentis interpretandis.

IIdem peccant etiā quoties siue de legum,siue de contractuum aut vltimarum voluntatum interpretatione agitur,tantùm sibi adrogant, vt audeant supplere, Nunc inducendo vtilem actionem vbi vel nullam,vel aliam dant Iureconsulti vt in specie *l.ita tamen* 27.*§.si ex Trebelliano*, iunct.*l deducta* 58. *in princip.D.ad SC.Trebell.*Nunc inducendo fideicommissum etiam vbi nulla sunt verba fideicommissi puta liberis in nuda fideicommissi condicione positis,Præsertim si adsint vel minimæ coniecturæ voluntatis,Vt tractant illi *ad l.1.C.de pact.*In quibus omnibus & aliis similibus agunt sanè Principes & Imperatores potiùs quàm interpretes iuris.

CONFVTATIO III.

De iudicibus qui pro communi opinione contra leges iudicant.

SEd peccant etiam,& multò periculosius iudices illi, qui eò vsque deuenerunt vel dementiæ,vel ignorantiæ,vt prudentum responsa in iudicando & cōsulēdo non magis curent,quàm si nulla extarent,inque vno eo laborēt vt quęnam hodie apud interpretes receptior opinio sit inuestigent,eámque passim sine delectu& iudicio vllo sequantur,quasi & ipsi iudicio careant, nec vlla vel iuris ratione vel prudentum autoritate reuocari possunt ac persuaderi vt iudicent vel consulant ex iuris arte.

PRINCIPIVM X.

De iure prætorio.

I*Vs prætorium est,quod prætores introduxerunt adiuuandi, vel supplendi,vel corrigendi iuris ciuilis gratia propter publicam vtilitatem: quod & honorarium di-*

L. ius autem 7. §. ius pratorium D. de iustit. & iur. § pratorum hoc tit.

citur, ab honore & ad honorem pratorum sic nominatum, *Cuius & portio quadam est adilitium edictum.* Ita Papinianus *in l. ius autem 7. §. ius pratorium De iust. & iur.* & post eum Iustinianus in *§. pratorum.* Dicimus autem postremo loco de iure prætorio, quia licèt fuerit anterius Principum constitutionibus de quibus iam diximus, nec minùs ad edictum prætoris quàm ad alias iuris nostri partes accommodata & necessaria fuerit interpretatio prudentum, sequimur tamen libenter Papinianum, qui in *d. l. ius autem*, non enumerat ius prætorium inter cæteras partes iuris ciuilis, sed de eo separatim tractat, quasi diuersum quidpiam sit, iuris ciuilis adiuuandi, vel supplendi, vel corrigendi potiùs quàm constituendi gratia introductum, licèt Iustinianus sumpto largiùs iuris ciuilis nomine ius hoc prætoriũ faciat partem iuris ciuilis, Vt diximus *Princip. 6 sup. eod. vers. ex superioribus.* Obseruandum autem est sic loqui Iustinianum vt dicat, prætorum edicta non minimam obtinere iuris autoritatem, Quasi non tam ius verè faciant, quàm iuris potestate & autoritate censeantur, in eóque differant à senatusconsultis. Non enim ambigitur Senatum ius facere posse *l. non ambigitur 9. D. de legib.* Huiúsque inter senatusconsulta & prætorum edicta dissimilitudinis ratio duplex fuisse videtur. Vna, quod quamuis solius populi esset legem facere, Senatus tamen vice populi consulebatur, tanquam populi vices gerens. Itaque nihil prohibebat, quominùs salua populi maiestate vim legis obtineret quicquid à Senatu decretum esset. Prætor autem quamuis esset magistratus populi Romani, nulla tamen lege potestatem habebat à populo iuris constituendi, neque in reddendo iure vice populi fungebatur, Sed tantùm iure magistratus & propter vim imperij sui, vt loquitur Paulus in *l. cùm prætor 12. §. 1. D. de iudic.* more denique vt eadem lex ait, potiùs quàm iure proponebat edictum, cui nihil erat quod autoritatem præstaret præter honorem ipsum prætoris, Vnde & honorarium appellatum hoc ius fuisse ait Iustinianus, *quod*, inquit, *qui honores gerunt, id est, magistratus autoritatem huic iuri dederunt.* Quod perinde est acsi diceret honorarium appellatum ab honore magistratuum, licèt Papinianus paullo aliter, dictum sic velit ad honorem prætorum. Altera ratio fuit, quòd sicut prætores aliíque Romani magistratus erant ab initio annui, ita & eorum edicta annua, Vnde & annales actiones omnes prætoriæ, annalia itẽ interdicta omnia, tãquã quæ ex prætoris edicto annuo proficiscerentur. Propter quam causam in omnibus ferè edicti partibus videas adiecta illa verba *intra annum*, Ad differentiam actionum ciuilium quæ ex legibus, & senatusconsultis competentes, erant vt plurimùm perpetuæ non annales, ante constitutiones posteriorum Imperatorum quæ ex perpetuis fecerunt tricenarias vel quadragenarias, vt dicemus ad *tit. De perpet. & tempor. action.* Populus enim fuit perpetuus, itémque Senatus, licèt compositus ex indiuiduis non perpetuis, vt eleganter & subtiliter philosophatur Iurec. *in l. proponebatur 76. D. de iudic.* Adcò autem iura quæ prætores reddebant, erant annua, vt etiam factis perpetuis magistratibus, compositóque per Saluium Iulianum edicto perpetuo temporibus iussúque Diui Hadriani, nihilominùs manserint annales actiones prætoriæ, & annalia interdicta. Atqui ex natura iuris est vt sui natura si perpetuum, & quod

Cur minoris potestatis fuerint edicta prætorii quàm senatusconsulta.

L. cùm prætor 12. §. 1. D. de iudic.

Edicta prætorũ annua.

L. proponebatur 76. D. de iudic.

Ius perpetuum est.

& quod ſemel ius fuit, nunquam ius eſſe deſinat quouſque ſaltem iure aliquo contrario fuerit abrogatum. Iura enim generaliter conſtituenda ſunt *l.iura* 8. *D.de legib.* Generaliter, inquam, non ſolùm ratione perſonarum id eſt ita vt non in ſingulas perſonas conſtituantur, ſed etiam ratione temporis, id eſt vt nullo certo tempore concludantur. Tempus enim ſicut non eſt modus tollendæ obligationis *l.obligationum ferè* 44.§.*placet De oblig.& act.* ita nec tollendi iuris. Alioqui cùm obligatio ſit iuris vinculum §.1.*infr. eod.tit.* tempus tolleret obligationem ſi ius tollere poſſet, nec alia ratio eſt propter quam non ſit modus tollendæ obligationis, quàm quia ius tollere non poſſit. Hodie ſanè facto perpetuo edicto prætoris, non eſt dubitandum quin edictum ius faciat verè, tanquam quod autoritatem iam habeat, non ab honore prætoris, ſed ab autoritate Imperatoris Hadriani, itémque Iuſtiniani, qui corpus hoc iuris ciuilis quod in Pandectas retulit, conſtare maxima ex parte voluit edicto illo perpetuo prætoris, prudentúmque ad illud interpretatione. Nam & ante Hadrianum, licèt potiſſima iuris honorarij autoritas ex prætoris honore deſcenderet, vt tamen is honor edicto prętoris tribueretur, non tantùm ex magiſtratus dignitate proficiſcebatur. (Ædilium enim dignitas erat perexigua teſte Cicerone in illo loco *ego factus ſum Ædilis*, id eſt paullo plus quàm priuatus, & tamen ius ædilium pars erat iuris honorarij) ſed ex illo etiam maximè quòd in edictis illis proponendis ad ius ciuile vel adiuuandum, vel ſupplendum, vel corrigendum, prætores nihil aliud quàm naturalem æquitatem, publicámque vtilitatem præ oculis habebant, vt ex continua edicti ſerie perſpiçi facilè poteſt. Erant enim, & quotidie occurrebant innumera in quibus mera ratio rigórque iuris pugnabat cum naturali æquitate, aut in quibus æquitas pereuidens ratione iuris deſtituebatur. Quod cùm eueniebat, alterutrum fieri neceſſe erat, vt vel ſupplendum aut corrigendum, aut adiuuandum eſſet ius ciuile, Vel ſummum ius ſumma fieret iniuria, quod poſtremum à prętoris qui iuri dicundo præerat dignitate alienum videbatur, cùm eſſet ille viua vox iuris ciuilis vt Papin. ait *in l.nam & ipſum* 8.*hoc tit.* Illa verò naturalis æquitas publicáque vtilitas, tùm etiam cùm prætores erant annui, perpetua tamen erat. Ergo cùm ius omne ex ratione ſemper æſtimandum ſit vt in ſuperioribus toties diximus, æquum fuit & conueniens perpetuum ius fieri quod ſuam ac perpetuam haberet rationem. Tantóque magis hanc autoritatem iuris ciuilis adiuuandi vel ſupplendi vel corrigendi habere prætores decuit, quòd ea non erat prudentibus conceſſa, quibus nimirum hoc vnum conceſſum erat, quemadmodum ad Princip. præcedens diximus vt ius ciuile interpretari duntaxat poſſent, non etiam vel corrigere vel ſupplere. Planè adiuuare potuerunt quantum id fieri poſſet per interpretationem, citra ſuppletionem.

L.obligatio-nũ ferè 44. § placet D. de obligat. & action.

L. nam & ipſum 8. De iuſtii.& iur.

ILLATIO I.

Prætores neque legem facere potuiſſe, neque ius, quod haberet poteſtatem legis.

EX hoc Principio fit, vt prætores neque legem facere potuerint, neque tale ius quod legis poteſtatem haberet, quomodo Senatus potuit, quo-

§. quos autẽ De bonor. poſſeſſ.

modo plebs, quomodo ipsi denique Principes, quoniam nihil iuris in eam rem habuerunt à populo cuius solius erat legem condere, aut eã potestatem in alium transferre, vel alij communicare. Neque verò necesse erat tantam autoritatem prætoribus indulgeri (cùm in vrbe esset Senatus qui vice populi multò commodiùs & pro P.R. maiestate honorificentiùs consuli posset) imò nec possibile cùm essent illi annui, legem verò, vt diximus perpetuam esse oporteret. Inde est quod prætor heredem facere non potuit *§. quos autem Inst. de bonor. poss.* quia nec dominum, propterea quòd legis potestas illa fuit vt dominium transferre posset, quemadmodum docuimus *ad Princip. 7. illat. 1. supr. eod.*

V. 5 pag. 6

ILLAT. II.

Prætores neque legem neque ius ciuile tollere potuisse.

L. ius autem 7. §. ius prætorium De iustit. & iur.

SEcundò ex eodem Principio fit, vt oratores nonp otuerint legem tollere aut ius ciuile. Eius siquidem est tollere cuius & condere *l. vlt. C. de legib.* Prætores autem, vt dixi, neque legem, neque ius ciuile condere potuerunt. Nec est cõtrariũ quod ex Papiniano admisimus, prætoribus corrigere ius ciuile licuisse. Aliud enim est corrigere, aliud tollere. Tollit qui facit ne ius sit quod anteà fuit. Corrigit verò etiã ille qui saluo pristino iure facit vt ius nouum sit quod anteà non fuit. Exempli causa, Vocat lex duodecim tabularum suos heredes duntaxat ad hereditatem paternam ab intestato. De emancipatis nihil dicit, quod sufficit ne possint illi succedere iure ciuili cùm non alij succedendi ius habeant, quàm qui habent ex lege. Prætor tamen naturalem æquitatem secutus, & ad id respiciens quòd emancipati liberi non minùs liberi sunt natura quàm sui heredes, Vocat eos ad bonorum possessionem ex capite edicti *si tabul. testam. null. extab. Vnd. liber.* An idcirco tollit ius ciuile? Minimè: quia non facit vt iure ciuili succedant emancipati. Quid ergo? Corrigit ius ciuile, cùm facit vt qui iure ciuili heredes esse nullomodo possunt, iure tamen prætorio fieri possint bonorum possessores. Sic dicimus suum heredem etiam postquàm se abstinuit paterna hereditate nihilominùs heredem remanere, Et tamen dat ei prætor beneficium abstentionis. An ergo tollit ius ciuile? Minimè sed illud corrigit vt quamuis suus heres post abstentionem quoque heres sit *l. cùm quasi 30. §. sed etsi suus de fideic. lib.* effectu tamen ipso & à prætore heredis loco non habetur *l. si filius 12. De interrog. in iur. fac. l. necessariis 57. De acquir. hered.* Denique prætor nihil fecit, neque facere potuit contra legem, sed omnia vel cũ lege vel prẹter legẽ *arg. l. iuris gentium 7. §. ait prætor D. de pact. l. necnon 28. §. quoad eius D. ex quib. caus. maior.* Longè enim aliud est vt alibi scripsimus, si quid fiat lege non permittente, aliud si ea prohibẽte *dict. §. quoad eius, l. 1. D. de manumiss.* Nulla autem edicti pars est ex qua sumi possint plura & apertiora exempla eius quod dicimus ius prætorium introductum esse adiuuandi, vel supplendi vel corrigendi iuris ciuilis gratia, quàm illa, quæ est, De bonorũ possessionibus. Nã cùm omnes bonorum possessiones sint prætoriæ, ex iis tamen quædam pertinent ad ius ciuile adiuuandum, qualis illa est quæ ritè scriptis heredibus datur *secundum tabulas*, aut quæ suis heredibus ab intestato, ex capite Vnde liberi. Item illa quæ ex tit. *Vt ex legib. & senatusc.* Quædam ad ius ciuile supplendũ, Vt illa

Si tabul. testam. null. extab. Vnde liber.

L. si filius 12. De interrog. in iur. fac. l. necessariis 57. D. de acquir. hered.

Edictũ Prætoris De bonor. possess.

Vt illa Vnde decem personæ, Item Vnde vir & vxor. Aliæ denique ad ius ciuile corrigendum & emendandũ, vt quæ liberis emancipatis prçteritis contra tabulas accommodatur, aut iisdem ab intestato Vnde liberi, & aliæ plæræque, De quibus omnibus suo loco & tempore dicemus.

ILLATIO III.

De actionibus in factum prætoriis & subsidiariis.

TErtiò ex hoc eodem Principio fit, vt actiones pleraſque in factum & subsidiarias prætores introduxerint, iis nimirum casibus, quibus actionem dari æquum erat, neque tamen ciuilis aliqua competebat siue quæ proprium nomen haberet, siue quæ carens nomine præscriptis verbis & in factum ciuilis dici posset *d. l. iuris gentium* 7. §. 1. *verſ. & ideo puto De pact.* iunct. *l. naturalis* 5. §. *at cùm do. & tot. tit. D. de præscript. verb. l. pater* 10. §. *vlt. De capt. & postli.* Sic enim adiuuandi & supplendi iuris ciuilis gratia fieri necesse fuit. Quãquam sunt etiam actiones quædã in factum prætoriæ, ipsi quoque prætorio iuri subsidiariæ, qualis illa est quæ liberis aut libertis à parente aut patrono deceptis accommodatur in locum actionis De dolo *l. non debet.* 11. *in fin. D. de dolo. l. si superstite* 5. *C. eod.* nã & actio ipsa de dolo prætoria est *l. 1. eod. D.* aut in locum interdicti, quod atrocitatem facinoris in se habeat, vt in *l. 1. §. interdictum hoc* 43. *De vi & vi armat.* licèt nulla interdicta sint famosa *l. cessat* 36. *de oblig. l. neque* 13. *De vi & vi arm.*

L. iuris gentium 7 §. 1. *verſ. & ideo puto D. de pact. L naturalis* 5. §. *at cùm do, De præscr. ver. L. pater* 10. §. *vlt. De captiu. & postlim.*

ILLATIO IV.

Ius prætorium viuam esse vocem iuris ciuilis.

QVartò ex eodem Principio fit, vt ius honorarium dicatur viua vox iuris ciuilis *l. nã & ipsum* 8. *De inst. & iur.* Nã cùm omne ius hoc eò spectet vt ius ciuile vel adiuuet, vel suppleat, vel emendet, idque propter publicam vtilitatem, vt ait Papinianus *in d. l. ius autem* 7. §. 1. *eod.* credibile est non aliud prætorem facere, quàm quod ius ipsum ciuile faceret si loqui posset, cùm nihil nisi publicam vtilitatem intueatur. Æstimatur enim ius ciuile vt diximus ex ciuili ratione, ciuilis autem ratio ex populi vtilitate, propter quam solam iura omnia ciuilia in vnaquaque ciuitate & republica condita reperiuntur.

L. nam & ipsum 8 *De instit. & iur.*

ILLATIO V.

De æquitate perpetuò nititur edictum prætoris.

DEnique ex eodem Principio fit vt edicta omnia prætoris æquitate potissimum nitantur, quia non posset publicè vtile videri quod esset iniquum, Præsertim cùm illud quoque verum sit quod iam sæpius monuimus legislatorem ciuilem æstimare æquitatem ex publica vtilitate, vt id duntaxat æquum putet, quod populo vtile & commodum esse videatur, Etsi paullo pinguiùs æquitatem prætor considerat, eámque æstimat ex naturali etiam ratione, cum hoc tamen temperamento, ne aliena sit à publica vtilitate. Neque enim nouum est, vt pro temporum varietate quod aliquando vtile fuit posteà inutile existimetur, Nec rursus, vt hic legislator à publica vtilitate alienum putet, quod alius vtilissimum esse putauerit.

Æquitatẽ prætor æstimat ex publica vtilitate, sicut & ciuilis legislator, sed paullo pinguius habito etiam respectu ad naturalem rationem.

PRINCIPIVM XI.

De iure non ſcripto.

§. ſine ſcripto hoc tit.

IVs *non ſcriptum eſt quod in iis de quibus ſcriptum ius nullum extat, ſolo vſu adprobatum populique moribus veluti tacito quodam ciuium conſenſu introductum fuit.* Ita Iuſtinianus in § *ſine ſcripto hoc tit.* Dixi *in iis de quibus ſcriptum ius nullum extat*, poſt Vlpianum in *l. diuturna* 33. *De legib.* vbi ait diuturnam conſuetudinem pro iure & lege obſeruari ſolere in his demum quæ non ex ſcripto deſcendunt. Cui ſimiliter Iulianus in *l. de quibus* 32. *eod.* De quibus cauſis, inquit, ſcriptis legibus non vtimur, id cuſtodiri oportet, quod moribus & conſuetudine inductum eſt, Vt intelligamus è contrario in quibus cauſis iure ſcripto vtimur, de moribus & conſuetudine parum aut nihil curandum eſſe, Niſi ſcilicet ius ſcriptum tale ſit quod interpretationem aliquam poſtulet aut admittat. Quoties enim de interpretatione legis quæritur, imprimis inſpiciendum eſt quo iure ciuitas in eiuſmodi caſibus retro vſa fuerit *l. ſi de interpretatione* 37. *eod.* vbi additur *optima enim legum interpres eſt conſuetudo.* Quod & ab Imperatore Seuero reſcriptum fuiſſe refert Calliſtratus in *l. nam Imperator ſequ.* In ambiguitatibus nimirum quæ ex legibus proficiſcuntur, conſuetudinem aut rerum perpetuò ſimiliter iudicatarum autoritatem, vim legis obtinere debere. Sed in iis quæ per ſcriptam legem tā apertè definita ſunt, vt nullus interpretationi locus relinquatur, nulla poteſt vis eſſe conſuetudinis contra legem. Idque eſt quod ait *l. 2. C. quæ ſit long. conſuet.* conſuetudinis vſuſque longæui non vilem eſſe autoritatem, ſed non vſque adeò ſui valituram momento vt aut rationem vincat aut legem. Dixi *ſolo vſu adprobatum*, quia licet plerũque contingat vt ius hoc moris & cõſuetudinis in ſcripturā redigatur, quomodo in Gallia ſcriptas legimus cõſuetudines Pariſienſes, Burdegalenſes, Borbonienſes, & alias non paucas & apud nos Auguſtanas, non idē tamē ius ex ſcriptura æſtimatur, ſed ex ſolo vſu, Ideóque perinde ius non ſcriptum rectè dicitur, acſi nulla de eo ſcriptura extaret, quia non niſi facilioris probationis gratia ſcriptum intelligitur, Ne alioqui litibus & ſũptibus prouinciales aſſiduè vexari neceſſe eſſet, ſi per teſtes probari oporteret quid eſſet in more & conſuetudine, Quomodo apud nos quotidiè vſuuenire cernimus vt ob nõ ſcriptas conſuetudines quę De talliabiliũ, quos vocāt, ſucceſſionibus pro locorũ diuerſitate alię atq; aliæ ſunt, teſtiũ fidei rē cõmitti neceſſe ſit, maximóſq; in eā rē ſumptus fieri, & quod eſt indignius, aliter atque aliter in iiſdem etiā quęſtionibus per eoſdem iudices iudicari. Deficientibus nimirum in vna lite probationibus, quę in alia & inter alias partes quāuis circa eādem quæſtionem pleniſſimæ fuerint & exquiſitæ. Iſque ordinarius & vt ita dicā naturalis ſcripturæ effectus eſt, vt ad probationē futurāmque rei memoriā proſit, adeóque neceſſaria eſſe exiſtimetur *l. 4. D. de pignor. l. 4. D. de fid. inſtrum.* Diximus ſuprà ad Princip. *tit. 1. poſt illat. vlt. verſ. contra hoc Principium*, vbi tractauimus de æquitate ſcripta & non ſcripta. In ſumma ius hoc non ſcriptũ, ſi quādo ſcriptum ſit, nõ ideo ius eſt quia ita ſcriptum eſt, ſed ex contrario ita ſcriptum eſt quia priùs etiam quàm ſcriberetur tale ius fuit, neque vnquā ex ſcripto æſtimatur, quomodo

L. diuturna 33. D. de legib.
L. de quibus 32. eod.
L. ſi de interpretatione 37. eod.
L. nam imperator 38. eod.
L. 2. C. quæ ſit long. conſuet.
Ius non ſcriptum dicitur etiam poſtquā ſcriptum fuit.

modo ius quod ſcriptum eſt *l.proſpexit 12. D.qui & à quib.manum.* Atque ita accipi debet quod Paulus ſcribit in *l.imò magna 36. De legib.* quantæ autoritatis ſit hoc ius non ſcriptũ ex eo apparere,quod in tãtum probatum eſt vt nõ fuerit neceſſe ſcripto id comprehendere.Ita ſignificans, Non eſſe neceſſariã ſcripturam ad ius conſtituẽdum,quãuis poſſit eſſe vtilis & neceſſaria ad probandum faciliùs quodnã & quale ius fuerit vſu & conſuetudine receptum. Quod tamen dicimus *ſolo vſu adprobatum* caue ne ſic intelligas vt ad hoc ius inducendum ſolus vſus ſufficiat.Nã illud etiam neceſſe eſt,vt vſui & conſuetudini ratio aliqua cauſam dederit *l.1.verſ.nam & conſuetudo praecedens, & ratio quæ conſuetudinem ſuaſit,cuſtodienda eſt C quæ ſit long.conſuet.* Cùm enim ius omne ex ratione æſtimetur, vt diximus ad *Princip.1 tit.praeced.* non magis fieri poteſt vt ius non ſcriptum ſit ſine ratione,quàm quod ſcriptum eſt cùm æquè ius ſit.Imò hoc plus eſt in iure non ſcripto,quod cùm ſcripturam nullam habeat ex qua poſſit autoritatem accipere, neceſſe omnino eſt, vt autoritatem accipiat ex ratione. Et ſanè vix, at ne vix quidem reperias ius aliquod non ſcriptum & conſuetudinarium cuius non aliqua probabilis ratio reddi poſſit, Niſi proponas, quod euenit aliquando,errore aliquo inductam conſuetudinem fuiſſe: Quo caſu ne ius quidem dicendum eſt, & quamuis obtinuerit in caſibus præteritis, in futurum tamen obtinere non debet, id eſt, ne quidem in ſimilibus cauſis, vt Celſus ſcribit in *l.quod non ratione 39. De legib.* Nempe quia ius non facit. Quod in iure ſcripto diuerſum eſt. Habet enim ſcripturam ex qua poteſt autoritatem accipere, tùm etiam cùm nulla probabilis eius ratio adferri poteſt. Itaque ad ius ſcriptum duntaxat non etiam ad non ſcriptum pertinet, quod ait Iulianus in *l.non omnium 20. D.eod.* non omnium quæ à maioribus conſtituta fuerunt, rationem reddi poſſe. Ius enim conſtitutum, illud eſt, quod ſcriptum eſt,quod non ſcriptum eſt, non conſtitutum, ſed receptum eſt & introductum. Eóque reſpexit Conſtantinus in *d.l.2.C. quæ ſit long.conſ.* iis verbis *vt aut rationem vincat, aut legem.* Duo enim tantùm ſunt quę conſuetudini opponi poſſint *lex* & *ratio.* Lex, in his quæ ex legibus deſcendunt,aut ex alia iuris ſcripti parte quę legum poteſtate & autoritate cenſeatur.Ratio in his de quibus ius ſcriptum nullum eſt.Proinde ita demũ valere poteſt conſuetudo & ius facere,ſi neque iuri ſcripto repugnet,neque rationi.Propter quam etiam cauſam videtur Tertull.*in libr. De coron.milit.* ſcripſiſſe conſuetudinem dici interpretem rationis, vt oſtenderet neque ſine ratione conſuetudinem eſſe poſſe,neque rationem deſuetudine vlla abrogari.

L. imò magna 36. D. de legib.

L.1. [illegible] quæ ſit long.conſuet.

L. quod non ratione 39. D. de legib.

L. non omniũ 20. eod.

L.2.C. quæ ſit long. conſuet.

Conſuetudo interpres rationis.

Sequitur in Principio noſtro *populi moribus* quoniã in conſuetudine inducenda non huius & illius vel hominis vel etiã ordinis morẽ inſpicere debemus, ſed totius populi vſum, eúmque colligere ex illis quæ non ſemel aut bis ſi ſæpius caſus euenerit, ſed quæ frequenter circa eandem rem & controuerſiam obſeruata ſunt *d.l.1. C. quæ ſit long. conſuet.* Sed nec frequenter idem obſeruatum fuiſſe ſatis eſt, ſi non etiam tenaciter, vt ait *l. vlt. eod.* id eſt perpetuo ſimiliter: quomodo nec rerum in eadem controuerſia iudicatarum autoritas vlla eſſe poteſt, niſi perpetuò ſimiliter iudicatæ ſint *d. l. nam imperator 38. D. de legibus*, Siue quòd cùm idem populus nunc ſit qui fuit ante mille annos,non poſſent videri eiuſdem populi iidem mores qui hodie diuerſi eſſent ab antiquioribus.

L.1.C. quæ ſit long. conſuet. L. vlt. eod.tit.

L.nam imperator 38. D. de legib.

l.proponebatur 76.D. de iudic. Siue quòd ea diuersitas impediat ne in vllum ius certum consensisse ciues intelligatur, ex quo tamen tacito ciuium omniũ consensu totam vim suam accipit ius illud quod nos non scriptum appellamus, vt mox dicemus. Et in eo errant vulgo ex pragmaticis plerique, cõsuetudinem cum præscriptione iurium confundentes. Alia enim sunt iura præscriptionis, alia consuetudinis. Præscripto nullum ius acquirit nisi præscribenti, & in eos duntaxat contra quos præscriptum fuit & in tantùm in quantum possedit vel quasi. Ideóque ex vno etiam vel altero actu ius acquiritur per præscriptionẽ, si præscriptionis casus semel tãtùm aut bis euenerit: Consuetudo verò acquirit ius in vniuersum omnibus & contra omnes in suo casu, quia cùm sit lex quædã tacita legem imitatur. *d l.vlt C.quæ sit long. consf.* lex autem generalis esse debet, vt diximus ad Princip. 7. illat. 4. quare nec ex vno vel altero actu consuetudo constituitur, quia nec de iis quæ rarò accidunt lex fieri solet, sed de iis quæ frequenter *l.1.eod.* iunct. *l.3.4.5.& 6.D.de legib.*

Aliud est cõsuetudo, Aliud præscriptio.

Addimus postremo loco *veluti tacito ciuium consensu*, quia consensus ille tacitus solus est qui iuri non scripto tantam tribuit autoritatem, vt elegãter Iulianus tractat in *d.l.de quibus 9.1.* Vbi postquàm dixit, inueteratam consuetudinem pro lege non immeritò custodiri, idque esse ius quod dicitur moribus constitutum, rationem subiicit in hæc verba. Nam cùm ipsæ leges non ex alia causa nos teneant, quàm quòd iudicio populi receptæ sint, meritò & ea quæ sine vllo scripto populus probauit tenebũt omnes. Quid enim interest, inquit, vtrum suffragio populus volũtatem suã declarauerit, an rebus ipsis & factis? Ex quo illud etiam infert, rectissimè id quoque receptum esse vt leges non solùm suffragio legislatoris sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur. Sic & Hermogenianus in *l.sed & ea 35.eod.tit.* scribit ea quę longa consuetudine comprobata sunt, ac per annos plurimos obseruata *velut tacitam ciuium conuentionem*, nõ minùs quàm ea, quæ scripta sunt iura seruari. Denique consensus ille tacitus causa proxima est & immediata iuris non scripti. Consuetudo autem quæ non tantùm ex tacito huiusmodi consensu, sed etiam ex temporis longinquitate & antiquitate ęstimatur, non tam inducit ius non scriptum, quàm illud firmat, vt Modestinus loquitur in *l.penult. eod.tit* illis verb. *aut firmauit consuetudo.*

L.de quibus 32. §.1 D.de legib.

L. sed & ea 35.eod.

L.penult.eo.

ILLATIO I.

De consuetudine pro qua nunquam, aut contra quam aliquando iudicatum fuit.

EX hoc Principio fit, vt cùm de inducta consuetudine probanda quæritur, non sit necesse probare, quòd fuerit illa obseruata in iudicio contradictorio. Quid enim si tãtopere certum ius fuerit vt de eo nunquam apud iudicem fuerit dubitatum? Quidni maioris autoritatis habebitur consuetudo quàm in cõtradictorio iudicio adprobata fuisset? *arg.d.l.imò magna 36.De leg.* Cùm enim verum sit quod diximus, hoc ius non scriptũ ex solo populi consensu tacito induci, quid cum illo consensu habet commune quòd nõ etiam interuenerit res iudicata? Et verò alia est autoritas consuetudinis, alia autoritas rerum iudicatarum. Et ponuntur ista tanquã diuersa in *d.l.nam imperator 38.eod.* Planè si de consuetudine dubitari aliquando contigerit, & sententiam reddi,

reddi, plurimum confert ad firmandam probandámque consuetudinem quod pro ea semper, dummodò numquam contra eam sit iudicatum, quia nō potest videri vniuersus populus eo iure vsus, quod iudices aliive magistratus quorum munus publicum est, & autoritas à populo, non putauerint admittendū. Eáque sententia est Vlpiani in *l. cùm de consuetudine* 34. *eod.* Neque hîc potest illud obiici quod vulgo iactari solet, non exemplis iudicandum esse sed legibus *l. nemo iudex* 13. *C. de sent. & interlo. omn. iudic. l. sed licèt* 12. *D. de offic. præsid.* §. *vlt Inst. de satisd.* Id enim non alio casu locum habere potest quàm quo lex certa sit secundum quam iudex iubetur iudicare. Certa autem esse non potest nisi vel scripta sit, vel per certam consuetudinem inducta, quam consuetudinē vtique probatam esse oportet, priùs quàm tacitæ legis autoritate censeatur. Nos autem de ea consuetudine tractamus de qua dubitari possit, an consuetudo dici debeat, & haberi pro iam recepta: Eóque nimirum casu dicimus non indigere quidem consuetudinem auxilio rerum iudicatarum, sed tamen multum ei obstare si contraria rerum perpetuo similiter iudicatarum autoritate debilitetur.

L. cùm de consuetudine 34. *eod.* *L. nemo iudex* 13. *C. de sentent. & interloc. om. iudic.*

ILLATIO II.

De extensione iuris non scripti ad casus similes.

SEcundò ex eodem Principio fit, vt si qua in re deficiat ius non scriptum (Siquidem non magis consuetudine quàm expressa lege casus omnes comprehendi possunt) tunc quod proximum & consequens ei est id accipi debeat & seruari *d. l. de quibus in princip.* Nam & idem in lege expressa eueniret, vt ad illos etiam casus de quibus nullomodo locuta esset, si tamen expressis similes eandémque rationem habentes proponerentur, ad eos quoque per interpretationem porrigi regem oporteret. *l. & ideo* 11. *cum duab. seqq. D. de legib.* Planè si ne id quidem appareat, quod iuri non scripto proximum & consequens videatur, tunc ius quo vrbs Roma vtitur seruandum erit, inquit Iulianus in *d. l. de quibus.* nimirum quia ius romanorum ius commune est populorum omnium qui sub romano imperio degunt, nisi quatenus vnaquæque ciuitas proprium aliquod ius sibi constituit, quod dici possit ius ciuile proprium ipsius ciuitatis §. 1. *hoc tit. & l. omnes populi* 9. *D. eod.*

L. de quibus 32. *D. de legib.* *L. & ideo* 11. *cum duab. seqq. eod.*

De statutis eorúmque potestate ac interpretatione.

COnsuetudini comparant vulgo interpretes ius statutarium, indéque tractant ea demum posse induci per statutū quæ & per consuetudinem, ac contrà. Sed non video cur potiùs lex scripta dici statutū non debeat, siue à populo factum sit qui nulli Principi subiectus liberam habeat condendæ legis potestatē, siue ab eo qui sit quidem sub Principe, sed qui Principe permittente statutū fecerit, aut præcedēte permissione, aut subsecuta vt plerumque fit adprobatione. In quo igitur differet statutum alicuius ciuitatis à iure ciuili romanorum? In hoc vno, quod statutū, vt dixi, ius ciuile proprium est illius ciuitatis cuius est statutum. Ius autem ciuile romanorū ius cōmune est omnium gentium romano imperio subiectarum. Porrò ius proprium cuiusque ciuitatis potentius est quàm ius commune *l. prohibere* 3. §. *planè D. quod vi aut clam. l. vt gradatim* 11. §. *etsi lege De numer. & honor. l. item eorum* 6. *in princ. D. quod cu-*

Ius municipale & statutariũ potentius est cõmuni, sed commune fauorabilius

Ius statutarium recipit interpretationem ex communi.

iuscunque vniuers. nomin. in eo scilicet in quo specialiter & expressim disponit contra ius commune. Alioqui fauorabilius censetur ius commune vt in dubio,& extra quàm statuti verbis disertè comprehensum sit non videatur recessum à iure communi. Sed & in verbis statutorum interpretandis placet eã semper interpretationem capiendam esse quæ à iure communi minùs abhorreat, vt iuri communi quàm minimum fieri potest derogetur. Nã & in iis in quibus municipale ius & statutariũ cõuenit cum communi, placet potiorem esse causam iuris communis, Vt puta si, quod in Italia frequentissimum est, excludâtur fœminæ à paterna successione propter masculos. Potior quidem erit causa iuris municipalis in eo quod contra ius commune disponit vt fœminæ excludantur; sed tamen non eò minùs eueniet vt ex iure communi succedant masculi fœminis exclusis, quia quod ad masculos non est iis ablatum ius succedendi ab intestato ex lege duodecim tabularum ex qua etiã vt supra dictum est inducta sunt iura omnia hereditatũ & successionum, idque ita esse apparet etiam ex eo quod illa fœminarum exclusio statutaria, necessariam habet tacitam hanc condicionem si hereditas iis deferetur, cùm alioqui fieri nullomodo possit vt excludantur, vt tractant nostri ad *l. qui superstitis* 94. *De acquir. hered.* Ergo statutum non impedit quominus ex iure cõmuni hereditas deferatur etiam fœminis quas excludit. Cur igitur faciet quominus ex eodem iure communi succedere possint masculi quorum fauore fœminas excludit ? Sed de tota illa quæstione scripsimus commodiùs in Hemischiliade *De Error. pragmat.* Hæc de iuris tã consuetudinarij quàm statutarij potestate breuiter dixisse sufficiat, Si priùs monuerimus vtrumque ius & statutarium & consuetudinarium municipalis appellatione contineri, tam scilicet quod scriptum est, quàm quod non scriptum.

PRINCIPIVM XII.

De iure non nisi hominum gratia comparato.

l. 2. D. de stat. hom. §. vlt. hoc tit.

IVs omne hominum duntaxat gratia comparatum & constitutum est *§. vlt. hoc tit. l. 2. D. de stat. hom.* Nam cùm omne ius quo vtimur vel ad personas pertineat, vel ad res, vel ad actiones *l. 1. eod. ill. ti.* certum est res omnes quę sub cœlo sunt hominum causa esse comparatas *l. in pecudum* 28. *in fin. D. de vsur. l. vetus quæstio* 68. *D. de vsufr. §. in pecudum* 37. *infr. De rer. diuis.* itémque actiones, quibus scilicet inter se homines disceptarent, inquit, *l. 2. §. deinde ex his legibus De orig. iur.* imò & ipsas personas cùm hominem beneficio affici intersit hominis *l. si venditor* 6. §. 1. *De ser. export.*

ILLATIO I.

Salus populi suprema lex.

EX hoc Principio nata est lex illa 12. tab. Salus populi suprema lex esto.

ILLATIO II.

INde etiam fit vt nobilior sit ideóque præcedere debeat tractatus De personis quàm de rebus & actionibus *d. §. vlt. & d. l. 2.* ex axiomate illo philosophorum *Propter quod vnumquodque tale, & illud magis.*

ILLA-

ILLATIO III.

INde denique quod ex condicione personarum mutatur condicio bonorum *l.per curatorem* 90.§.1.*De acq.hered.l.vlt.C.ne inoff.test.*

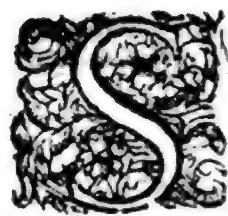
L.per curatorem 90.§.1. De acquir. hered.l.vlt. D.de inoff. testam.

TIT. III.

De iure personarum.

PRINCIPIVM I.

Diuisio summa De iure personarum.



Vmma de iure personarum diuisio hæc est quòd omnes homines aut liberi sunt aut serui l.3.D de stat.hom.& apud Iusti.*hoc ti.*vbi addit liberos homines dici à libertate, Et consequenter seruos à seruitute.Seruitutem verò dictam puto à seruiendo.Seruire namque & inseruire Latinis idem est quod prodesse, vnde & seuitia in *l.3.C.de tabul.lib.*10.*tit.*69.& seruire dici potest is etiã qui seruus non est quia seruire facti est,seruum esse,iuris *l.4.§.Stichus sit T itio* vbi Gothof.*De statulib.l.lex quæ tutores 22.vers & tolerabilius C. de admin tutor.* Certum autẽ est iure gentium inductas seruitutes,vt hunc victoriæ suæ fructum,hanc vtilitatem haberent illi qui victores remãsissent,Etsi non ignoro Florentinum Iurec.in *l.libertas* 4.*vers.serui eod tit.De stat.hom.*putare seruos dictos à seruãdo,quod imperatores vẽdere captiuos,& ptopter hoc eos seruare, nec occidere solerent,quod & Iustin.*in hoc tit.*probat.Sed ne probare possim illud facit,quod secundum hãc sententiã dicendum esset seruitutem à seruis appellatam esse non seruos à seruitute,quod esset præposterum. Concreta nãque dicta sunt ab abstractis non abstracta à concretis,vt diximus ad Princip.1.*tit. De iustit.& iur.*Deinde quis credat imperatores non aliam ex captiuis vtilitatem ab initio cepisse quàm vt eos venderent?Quid enim si vendere nollẽt, sed iis vti sibíque eos habere mallent?Etsi hoc quoque sensu poterant à seruãdo serui dici,quia perinde seruandi erant nõ occidendi ij,quibus victor tãquam suis vti vellet.Cæterùm illo etiam casu quo eos vendere victor mallet,non eo minùs à seruiendo seruorum nomen retinere poterant, quia qui precio serui fruitur nõ minùs eum habere intelligitur quàm si eo ipso frueretur *l.quia qui precio* 39.D. *de vsufr.*22.*in fin l.filiusfamilias* 34. §. 1. *cum l.seq. D.de petit.hered.l.sed si quis* 33.*& seq.*D.*de pecul.*Mãcipia sanè ex eo dicta esse cõstat quòd manu capta essent,in eóque cũ Florentino & Iustiniano sentio.

L.3.D. de stat. homin.

L. libertas 4.vers.serui eod. tit.

Serui à seruando an à seruiendo dicti sint.

Mancipia.

Nullam hominum differentiam esse iure naturali,vel ciuili,sed tantùm iure gentium.

OBseruandum autem est hanc de iure personarum diuisionem ad solum ius gentium pertinere,non etiam ad ius naturale aut ciuile.Nam si naturam inspicias,vnum duntaxat genus est hominum scilicet liberorum,cùm naturaliter omnes liberi nascãtur *l.manumißiones* 4. *D.de iust.& iur.* & vno cõmuni nomine omnes *homines* appellẽtur vt Iustin. scribit in princ.*tit.De libertin.* Si ius ciuile,æquè vnũ hominũ genus est,& quidẽ liberorũ,quia ius

L.manumissione. 4.De iust. & iur.

ciuile non alios homines agnoscit quàm qui sint ciues. Quisquis autem liber non est, is nec ciuis esse potest. Nam qui dicit ciuitatem dicit libertatem in necessarium antecedens, licèt non similiter è contrario qui dicit libertatem dicat etiā ciuitatē, quādo nihil prohibeat liber esse illum quoque qui ciuis nō sit. Vnde est quod qui amittit libertatē, amittit etiā ciuitatē, qui verò amittit ciuitatem non continuò amittit libertatē. *l. vlt. D. de capit. minut.* Hinc fit, vt quod ad ius ciuile attinet serui pro nullis magis quàm pro mortuis habeantur *l. quod attinet* 32. *De reg. iur.* imò etiam apud prętorē *l.1. D. de iur. delib,* quāuis soleant pretores maximam & potissimam habere rationem iuris naturalis, vt diximus ad Princip. 10. *sup. tit. prox.* Denique quadrupedibus comparantur *l. 2. in princ. & §.1. D. ad leg. aquil.* Quidni enim cōparentur, si pro hominibus non habeātur? Aut quomodo homines videri possunt qui caput nullum in ciuitate habent, & consequenter nec statum, quia fieri non potest vt stet homo qui caput non habet *l.3. §. vlt. & l.4. D. de capit. minut.* Hinc est quod nulla iis iniuria fieri intelligitur, sed per eos dominis in quorum sunt potestate *§. seruis autem infr. De iniur.* sicut nec ipsi iniuriam facere dicūtur, sed noxiam aut noxam *tot. tit. De noxal. action.* non magis quàm quadrupedes, quæ tamen non noxam, sed pauperiem facere dicuntur *Tot. tit. si quadrup. pauper. fecisse dicat.* Iniuriæ enim nomen, cùm nihil aliud significet nisi id quod contra ius est, ostendit satis nō posse iniuriam esse nisi vbi etiam ius esse potest. Vt diximus ad Princip. 1. *illat.* 3. *Tit. de iustit. & iur. ex l.2. §.1.* D. *ad leg. Aquil.* Ius autem in eā personam quæ nulla sit cadere non potest, nec iuris ratio antè quàm persona quærenda est *l. quidam referunt* 14. D. *de iur. codicill.* Propter quam causam scribit Vlp. in *l. in personam* 22. *De reg. iu.* in personam seruilem nullā cadere obligationem scilicet ciuilem & ex contractu. Ex delictis enim constat obligari seruos vtiliter & ciuiliter vt legibus publicorum iudiciorum cæterísque puniantur perinde ac liberi, imò & seueriùs quàm liberi *l. serui.* 14. D. *de oblig. & act. l. capitalium* 28. *§. vlt.* D. *de pœn.* quia delictorum coercitio est ex iure gentium vt disputauimus ad Princip. 4. *illat.* 7. *sup. tit. prox.* Sicut & obligantur serui naturaliter etiam ex contractu, quia obligatio naturalis aut ex iure naturali æstimanda est aut ex facto ipso, Natura autem agnoscit seruos *d. l. quod attinet*, scilicet non tanquam seruos sed tanquam homines. Quin & ius ciuile quia non habet illos pro nullis in his quæ facti sunt, sed in iis tantùm quæ iuris *l. qui heredi* 44. *De condic. & demonstr.* iūct. *d. l. serui*, in quorum numero ciuilis obligatio est cùm nihil aliud sit obligatio quàm iuris vinculum quo necessitate quis adstringitur ad dandum aliquid vel faciendum secundum romanæ ciuitatis iura, vt Iustin. definit *in princi. tit.* De *oblig. infr.* Inde etiam est quod pro vindicanda Senatoris vnius morte quingentos seruos olim romæ à Senatu ad mortem damnatos legimus apud Cornelium Tacitum, ex sententia inhumana sanè Cassii, cuius in hanc rem sollenne verbum illud fuit *omne magnum exemplum habet aliquid ex iniquo, quod publica vtilitate compensatur.* Quis enim credat tam impiā & crudelem sententiam apud æquos iudices quantæcunque vtilitatis prætextu obtinere debuisse, si non seruos omnes quotquot erant, quadrupedum loco Senatus habuisset? Adde quæ Gothofr. notat ad *d. l. quod attinet*, Quale illud est, Ad sollennia testamenti seruos non adhiberi *l. qui testamento* 20. *§. seruus D. qui testam. fac. poss.* vbi rationem Vlp. reddit quod iuris ciuilis communionē seruus non habeat in totum, id est quòd nullam prorsus habeat, ne prætorij quidem edicti. Amplius dicit Marcianus in *l. nullomodo* 7. *De fals.* seruos nō solùm neque

L. vlt. D. de capit minu. L. quod attinet De reg. iur.

L.3. §. vlt. & l.4. De capi. minut. §. seruis autem De iniur.

L. in personam 22. *De reg. iur.*

L. serui 14. *De oblig. & act. L. capitalium* 28. *§. vlt. D. de pœn.*

L. qui testamento 20. *§. seruus D. qui testam. facer. poss.* L. *nullomodo.* 7. D. *de fals.*

que ciuili, neque prætorio iure, sed neque extra ordinem cõputari, Vt intelligamus extra ius naturale, & gentium perpetuò eos pro nullis haberi. Multa enim sunt quæ cùm neque ciuili, neque prætorio iure fiant, tamen extra ordinem fiunt Indéque infert Marcianus, nullomodo posse eos cum dominis consistere, scilicet in iudicio, Prætcrquàm, inquit, quòd fauorabiliter Diui Marcus & Commodus rescripserũt, cùm seruus quereretur quòd tabulæ testamenti, quibus data ei erat libertas, supprimerentur, admittendum illum ad suppressi testamenti accusationem. Quod & aliis nonnullis casibus receptum est quos Hermog. commemorat in *l. vix certis ex causis* 53. *D. de iudic.* Maximè verò cùm habet seruus spem libertatis. Habet namque hic per se aditum ad prætorem *l. mulier* 22. *§. non est dubitandum l. si res aliena* 52. *§* 1. *D. ad SC. Trebell.* Habent enim ciuilis legislator & prętor rationem non solùm eorum omnium qui iam ciues romani sunt, sed etiam illorum qui ciues romani esse possunt ex præsenti spe probabili nanciscẽdæ quandoque libertatis, Alioqui nec partum liberæ mulieris curarent, quippe qui non nisi propter spem nascendi habetur pro nato *l. qui in vtero* 7. *l.* 26. *D. de stat. homin. l* 1. *in princip. §. toties §. si filius ab hostibus §. & generaliter & pass. De ventr. in possess. mitt. l.* 5. *§. an autem* D. *de Carbon. edict.* Sed qui in eo sunt vt spem habeant consequẽdę libertatis speciali nomine statuliberi appellãtur, de quibus posthac suo ordine dicemus. Nos agimus hîc de meris seruis, eósque dicimus tã prætorio quàm ciuili iure pro nùllis haberi. Vnde etiã fit, vt testamenti factionem non habeãt, nec actiuam, nec passiuã ex sua persona, ex persona autem dominorum solã passiuã habeãt, quia testamenti factio vtraque iuris ciuilis est vt diximus ad Princip. 5. *sup. ti. prox. illat.* 1. facit *l. non minus* 31. D. *de hered. instit.* Denique nec tabularij possũt esse serui *l. generali* 3. C. *de tabul. li.* 10. *tit.* 69. vbi ratio redditur, ne publicis actibus priuata seruitia misceantur. Vnde & multò magis dignitatum incapaces sunt serui *l.* 3. *de offi. prat.*

L. vix certis ex causis 53. *D. de iudic.*

L. nõ minus 31. *D. de hered. inst.*

L. 3. *de offic. prætor.*

Seruos pro nullis non pro mortuis habendos esse.

SVnt qui addant, & ita vulgò creditur, seruos non solùm pro nullis, sed etiã pro mortuis habendos esse, ex eo quod plerisque iuris nostri locis scriptum est seruitutem morti assimilari, vt in *l. intercidit* 59. *in fin. De condic. & demonst. l. seruitutem* 209. *De regul. iur.* Sed malè. Aliud enim est haberi pro nullis, Aliud haberi pro mortuis. Peior & deterior condicio est eius qui mortuus quàm eius qui nullus est. Qui ideo nullus est quòd nunquã fuerit, quòd caput & statum in ciuitate nunquã habuerit, esse aliquãdo potest & incipere statum & caput habere, At qui iam mortuus est renasci per rerũ naturã nullo modo nullóque tempore potest, Non illa tãtùm ratione, quòd à priuatione ad habitum regressus non sit *l. si pro patre* 10. *§. penul. D. de in rem ver. l. qui res* 98. *§. aream de solut. l. deducta* 58. *in princip. D. ad SC. Trebell.* sed illa etiã quòd si renasceretur alius homo esse intelligeretur, non is ipse numero qui anteà fuisset *l. seruus legatus* 27. *in fin.* De *adim. legat. l. si vsusfructus* 6. *D. de vsu & vsufr. legat.* Atqui seruus quãdiu seruus est potest fieri statuliber adeóque liber, Ergo in eo statu seruitutis pro nullo habendus est nõ pro mortuo. Nec quod seruitus morti assimilatur, ad rem facit. Id enim eò pertinet, vt qui ex ciue romano fit seruus, pro mortuo exinde habeatur si quãdoq; posteà decedat apud hostes, Siue ex fictione legis Corneliæ De captiuis quæ iũgit instãs mortis cũ primo instãti captiuitatis vt videatur decessisse ciuis qui reue-

L. intercidit 59. *De condic. & demonstr. l. seruitutẽ* 209. *De reg. iur.*

ra decessit seruus & in hostium potestate *l.iusto* 44.*§.vlt.D.de vsucap.* Siue quòd in rei veritate ex eo primo captiuitatis instanti desinat habere caput in ciuitate incipiátque pro nullo haberi tanquam qui reuera sit seruus. Ná qui aliquando fuit,non potest incipere haberi pro nullo,quin hoc ipso habeatur etiam pro mortuo. At is qui nunquam fuit, nec in ciuitate caput vnquam habuit,pro mortuo haberi vt dixi nullomodo potest,pro nullo haberi & potest & debet. Eiusmodi est non is qui ex ciue romano factus est seruus hostium,sed is demum qui ex hoste factus est seruus ciuis romani.Planè potest vno casu ciuis romani seruus haberi pro mortuo, sed in sensu longè alio & magis miro,Nempe si à domino manumittatur,vt eleganter Pompon. ait *in l.si mihi alienum* 92.*D.de solut.l.*1.*§.vlt.ne de stat.def.l.*6.*quæ & à quib.manum. l.*1.*§.*1.*quand.act.de pec.est annal.l.inter omnes* 46.*D. de furt.* Atqui inquies, tunc incipit habere caput & statum in ciuitate.Ita,inquam,est,& ob id nimirum intelligitur mori non tãquam homo sed tanquam seruus,quia perinde seruus esse desinit per manumissionem,atque desineret per mortem:ita vt si rursus fiat seruus, alius homo sit nec eo magis debeatur ab illo qui hunc ipsum eo tempore promiserat quo seruus alienus erat *d.l.*27.*De adim.leg.d.§. aream vers.& si seruus d.l.*98. *De solut.* Sed seruum ciuis romani quandiu seruus manet habendum esse pro mortuo,nullo iuris loco scriptum est.

L.si mihi alienum 92. D.de solut.

L.seruus legatus 27.D. de adim.leg.

Concludamus igitur quod obseruandum esse diximus, hanc hominum diuisionem,vt quidã sint liberi,quidã serui non magis ad ciuile quàm ad naturale ius pertinere:ac proinde ad solum ius gentium accommodandam esse.Nam iure gentium inducta ad societatem humanam conseruãdam dominiorum distinctione,tum ex dominiorum distinctione conflatis bellis, ex bellis,captiuitatibus,ex captiuitatibus denique seruitutibus,cœperunt etiam hominum duo esse genera,vnum liberorum, aliud seruorum. Dicitúrque hæc sũma diuisio id est plena & absoluta,ac cui nihil deesse potest,quia cùm seruitus in summa nihil aliud sit quàm priuatio libertatis, perinde est acsi quis diceret,Omnes homines aut liberos esse,aut non liberos, inter quæ duo, cùm sint non tam contraria quàm contradictoria, medium & tertium nihil esse potest. Nec est contrarium quod Iustin.noster scribit in *tit. De libertin.in princip.*cùm iure naturali vno communi nomine omnes *homines* appellarentur, cœpisse post inductas iure gentium seruitutes & manumissiones tria esse hominum genera, liberorum, seruorum, & libertinorum.Tertium namque genus illud libertinorum non tam ad summam personarum diuisionem pertinet, quàm ad subdiuisionem hominum liberorum. Ex iis enim qui liberi sunt,alij nunquam fuerunt serui, & hi non solùm liberi, sed etiam ingenui appellantur, alij fuerunt aliquando serui,sed ex manumissione iustam libertatem adepti sunt, & hi dicuntur libertini, vt Iustinianus noster tractat in hoc tit.post Marcianum in *l. & seruorum* 5.*De stat.homin.* Rursus ei quod diximus seruos iure ciuili vsque adeò incognitos esse vt pro nullis habeãtur,nõ est cõtrariũ quod ex eodẽ Marciano in *d.l.*5.Iustinianus noster subiicit,Seruos fieri non tãtùm iure gentiũ sed etiã iure ciuili,puta si quis liber homo maior annis vinginti passus sit se tanquam seruum venũdari ad precium participandum.Non enim eo sensu dicimus seruos iure ciuili esse incognitos quasi ius ciuile nesciat aut nolit hominum quosdam esse seruos. Sed illud significamus, Eos quos ius ciuile

Tit. De libertin. in princip.

L. & seruorum 5.D.de stat.homin.

uile seruos esse videt,siue serui nati sint,siue iure gētiū aut ciuile tales effecti nullam cum iure ciuili communionem habere,vt Vlp.loquitur in *d.l.qui testamento 20.§.seruus D.qui testam.facer.poss.sed pro nullis computari d.l.7.ad leg. Cornel.de fals.d.l.quod attinet 32.De reg.iur.*perinde acsi homines quidem essent,in iis scilicet quæ sunt iuris ciuilis non iuris gētium,& in iis quę sunt iuris non facti,quemadmodum explicauimus. Denique nec eum qui participandi precij causa venundari se patitur ius ciuile faceret seruum,si non essent iure gentium introductæ seruitutes. Huius enim seruitutis inducendæ quāuis ex iure ciuili non alia ratio fuit quàm ne liberi hominis dolo impune deciperetur is qui eum hominem emere se putaret qui iure gentium seruus & in hominum commercio esset,nec de vlla re minùs quàm de homine libero cōtra leges emēdo cogitaret.*l.4.D.quib. ad libert.procl.nō licet.*Planè hūc qui iure ciuili seruus fit,cùm ciuis anteà fuerit,fateor exinde non solùm pro nullo haberi,sed etiam pro mortuo,quia & ciuis & liber esse desiit, Non etiam cæteros seruos, qui cùm inter viuos nunquam computati sint,nec pro mortuis computari vnquam possunt.

L.4.D.quib. ad libert. proclam. nō licet.

Seruorum vnam condicionem esse,liberorum verò multiplicem.

APparet autem ex his quæ modò diximus quo sensu accipiendum sit quod Iustinianus scribit in *§.vlt.huius tit.*In seruorum condicione nullā esse differentiā,aut,vt Marcianus loquitur in *d.l.5.de stat.hom.*seruorū omniū vnā esse condicionē.Nimirū,non ita vt seruorū nulla distinctio sit, cùm alij nascātur,alij fiāt,rursùmque ex iis qui fiunt alij iure gentium,alij iure ciuili fiāt,vt ex vtroque illo loco apparet,Sed ita vt æquè omnes serui sint,nec magis hi quàm illi,omnes denique pro nullis habeātur, Ad differentiam liberorum qui licèt omnes liberi sint,ex iis tamen quidam pleniorem habent libertatem,id est ingenui,quia semper liberi fuerūt,quidam minùs plenā,id est,libertini, in quibus,quoniam aliquando serui fuerunt,remanent vestigia quædam & monimenta seruitutis & pristinæ condicionis, Adeò vt patrono debeāt operas *Tot.tit.De oper.libert.obsequia Tit.de obseq.parent.& patr.præst.* partem bonorum si sine liberis decesserint *Tit.de bon.libert.*possitque patronus non solùm ea quæ in fraudem suam alienata sint,reuocare per Fauianam aut Caluisianam *Tit.si quid in fraud.patr.*sed ipsū etiā libertū si ingratus sit in pristinam seruitutem vindicare *l.2.3.& 4.C.de libert.& eor.liber.*Vt taceā cætera quæ pendent ex iure patronatus,De quibus in *Ti.de iur.patron.*Ita vt lex dicat parū interesse an seruū suū quis an libertum contendat *l.circa 14.de probat.*Huius autem inter liberorum & seruorum condicionem differentiæ ratio pendet ex eo,quod diximus libertatem esse qualitatem naturalem:Seruitutem verò nihil nisi priuationem quādam libertatis.Priuatio enim cùm nihil sit, nullas distinctiones potest admittere, quas facile admittit libertas, quæ naturale quid est & positiuum.Videtur tamen etiā differētia aliqua esse seruitutum. Est enim quædam seruitus simplex id est quæ libertatem potest admittere,quædā perpetua quæ impedit ne qui seruus est liber fieri vnquam possit,nec per manumissionem *l.40. De liber.caus.l.1.C.qui non poss. ad libert.peruen.*De qua postrema specie seruitutis dicemus latiùs *infr.ad tit.De ingen.*Sed tamen semper verum est non magis vno quàm alio casu seruum esse eum qui seruus est.

§.vlt.hoc tit. iunct.l.5.D. de stat. homin.

Vestigia seruitutis in libertinis.

ILLATIO I.

De statulibero qui interim seruus est.

EX hoc Principio illud fit, vt statuliber id est is, qui statutam & destinatã in tempus vel condicionem libertatem habet, quomodo diffinit Paulus in *l. 1. D. de statulib.* antequàm dies, aut condicio venerit, cùm liber dici non possit, necessariò dici debeat seruus. Vt enim vel liber vel seruus sit, necessarium est, nec medium aut tertiũ quicquã esse potest, vt diximus *l. statuliberũ 9. in princ. l. 25. eo. l. statuliberum 11. de legat. 2.* sicut nec illud fieri potest vt eodẽ instãti idẽ homo sit & liber & seruus *l. 1. in fin. principij C. de latin. libert. toll.* aut quod idẽ est, libertus, & seruus, Nã qui dicit libertũ dicit liberũ *Ti. De liberti. infr.* Nec pugnat quod statuliber in delicto repertus non vt seruus ob ambiguum condicionis, sed vt liber puniendus est ex rescripto Diui Pij ad Saluiũ Marcianũ *l. moris 9. §. vlt. D. de pœn.* Cùm tamẽ quoties de delicto quæritur, placeat non eam pœnam subire quem debere quam condicio eius admittit eo tempore quo sententia fertur, sed eam quã sustineret si eo tempore sententiam passus esset quo deliquisset *l. 1. eod.* Id enim speciale est in statulibero, propter sperandæ libertatis prærogatiuam, vt ait *l. statuliber 14. D. de quæstion.* & quidem in priuatis delictis tantùm. Nam in publicis quoniã grauiora sunt, easdem patiuntur pœnas quas serui cæteri *l. statuliberi 29. D. de statulib.* Scripsi *ad l. pen. D. si ex noxal. cauſ. agat. in Rational.* Qua eadem ratione iam diximus posse statuliberum per se aditum habere ad prætorem *d. l. mulier 22. §. non est dubitãdum D. ad SC. Trebell.* sicut & eum qui nondum natus est propter solam spem nascendi *d. l. 1. in princip. & tot. tit. de ventr. in poss. mitt.*

L. si debitor 45. §. vlt. De fideic. libert.

L. 1. l. moris 9. §. vlt. D. de pœn. L. statuliberi 29. D. de statulib. l. pen. D. ex noxal. cauſ. agat.

ILLATIO II.

De capto ab hostibus, qui interim verè seruus est.

SEcundò ex eodem Principio fit, vt qui captus est ab hostibus licèt per fictionem legis Corneliæ de captiuis fingatur mortuus prima hora captiuitatis si apud hostes quandocunque decesserit, aut ab hostibus reuersus fingatur nunquã in hostium potestate fuisse propter suspensi iuris constitutionem vt loquitur Papin. in *l. pen. De suis & legit.* iunct. *l. pater 10. & seq. & tot. ti. De cap. & postlim.* interim tamen quãdiu viuit re vera sit seruus, *l. 1. §. 1. De suis & legit.* quia non potuit lex vlla ciuilis facere, vt quisquis ab hostibus in bello captus esset in eorum esse potestate, seruúsque factus non videretur, Ideóque nimirum fictiones illas legis Corneliæ & postliminij induci necesse fuit quæ alioqui necessariæ non fuissent *l. filio 27.* vbi Bart. *D. de liber. & posthum.* Neque obstat quod scriptum est in *l. illa institutio 32. §. 1. D. de hered. inst.* postliminij ius facere, vt illius qui ab hostibus captus est iura omnia in suspenso retineantur non abrumpantur. Aliud enim est de iuribus, aliud de statu ipso captiui quærere. Iura omnia manent in suspẽso propter incertum captiuitatis euentum quandiu fieri potest, vt captiuus redeat vel apud hostes moriatur. Sed præsens captiui status non est incertus, quia certum est captiuum esse seruum reuera quandiu apud hostes manet *l. Gallus 19. §. videndum De lib. & posth. l. ab hostibus 12. l. ius postliminij 14. l. liber. 17. C. de postlim. reuers. & apertiùs in l. hostes 24. l. latrones 27. & l. penult. D. eod.* In eóque differentia est inter

L. 1. §. De suis & legi. l. pœn. eod.

L. illa institutio 32. §. 1. D de hered. instit.

L. Gallus 29 §. vidẽdum De liber. &

inter eos qui ab hostibus, & eos qui à piratis aut latronibus capti sunt. Hi enim liberi permanent *l.postliminium* 19.*in princ. & §.à piratis eod* In eámque rem text.est elegans *in §.si ab hostibus infr.quib.mod.ius patr.potest.soluit.* vbi Iustin. scribit si ab hostibus captus sit parens, quamuis seruus hostium fiat, pendere tamen ius liberorum propter duplicem illam legis Corneliæ & postliminij fictionem. De quo tamen si quis plura scire volet videnda sunt quæ scripsimus ad *l.Gallus, lib.* 9.*&* 10. *Coniecturarum.* *postliminium l. ab hostibus 12.§.ius postliminij 14. l. liber 17.C. de postlim. reuers. l. hostes 24. l. latrones 27. l.pen.D. eod.*

ILLATIO III.

De ijs qui contra formam humani generis conuerso more nascuntur.

TErtiò ex eodem Principio fit vt si quis contra formam humani generis conuerso more nascatur, puta monstrosum aliquid & prodigiosum, is liber dici nō posit *l.nō sunt liberi* 14.*D.de stat.hō.* (etsi videtur ea lex intelligēda de filiis quos generaliori nomine liberos appellamus potiùs quàm de statu personæ) quia nec homo est sed ostentum *l.ostentum* 38.*De verb. signi. l.*3.*C.de post.her.inst.* Atqui diuisio hæc ad homines duntaxat pertinet vt quidam liberi sint quidam serui. Vnde & dubitādi ratio in specie *l.cùm inter* 14. *C.de fideic.libert.* An partui nondum edito libertas relinqui posset siue directa, siue fideicommissaria. Neque enim est homo antequam sit editus *l.*9. *in fin.D.ad leg.falcid.* Sed neque Iustin. fecit aut facere potuit vt libertatem acciperet nisi cum luce, vt ea lex ait. Nec tamen eo minùs partus ille parentibus prodest *l.quaret aliquis* 135.*De verb.sign.* vbi ratio redditur quòd nihil ijs posit imputari qui qualiter potuerunt statutis obtemperauerunt, neque iis nocere debeat quòd fataliter accesit. Alia causa est partus in vtero existentis. Licèt enim nondum sit homo *l.in falcidia* 9.*D.de ad leg falc.* sed tantùm spes animantis *l.*2.*de mort.infer.* tamen sicut pro nato ita & pro libero habetur si vel minimo instanti mater interim fuerit libera, *d.l.*5.*§.*2.*de stat. hom.* Nisi quis dicat id facere duntaxat vt liber nascatur, non vt priùs fuerit liber quàm homo. De quo dicemus latiùs ad *Tit. De ingenuis.* Vbi etiam de spurijs quòd sint ingenui, licèt sint sine patre. *l non sunt liberi 14. De stat. homin. l. cùm inter 14.C.de fideic. libert.*

PRINCIPIVM II.

De libertatis definitione.

L*ibertas est naturalis facultas eius, quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut iure prohibeatur* *l.libertas* 4.*D.de stat.hom.* ex quo loco sumpsit Iustin. *§.*1. *huius tit.* iunct. *l.*4.*De inst.& iur.* Dicitur *naturalis facultas* non *ius*: quia non in iure, sed in mera cuiusque facultate consistit, vt facere posit quicquid velit, quoties neque vi neque lege, id ipsum facere prohibetur. Qui enim dicit *ius aliquid faciendi* significat esse id tale quid, quod alioqui fieri non posset, si faciendi ius datum non esset, Atqui natura omnes homines nascuntur liberi, nec vllum instans dici potest in quo ius libertatis homini acquiratur, quasi ante illud instans non habuerit plenam libertatem. Naturalis ergo facultas non ius est. Siquidem facultatem cùm dicimus, nudam potestatem *l.libertas 4. D.de stat. homin. §. 1. hoc tit.*

intelligimus quæ ex sola faciendi voluntate causam habeat, quasi *faciendi voluntas* non ex iure. Itaque vt per fundum tuum eas & ambules, dicimus in facultate tua esse positum, non in iure: vt verò per fundum alienum ire possis & ambulare non esse in tua facultate si non id etiam facias iure, constituta scilicet in eam rem seruitute. *arg. l. in re communi 26. & pass. de seruit. vrban. præd.* Additur *quod cuique facere libet* quia nihil est quod ingenuo homini tantopere debeatur, quàm vt liberam habeat rerum suarum administrationem. *l. 2. D si à parent. quis manum. sit. l. in re mandata* 21. *C. mandat. l. 1. C. de sacros. eccles.* Indéque natum est ius transferendi per traditionem dominij *l. qua ratione 9. §. hæ quoque res D. de acquir. rer. domin.* itémque contractuum omnium tam ciuili, quàm gentium iure introductorum, In quibus scilicet siue consensu, siue re, siue verbis aut literis perficiantur consensus semper necessarius *est l. 1. l. in omnib.* 57. *De obli. & action. l. 1. l. inter stipulantem* 83. *§. 1. De verb. oblig.* Quid autem prodesset adhibitum esse consensum illius, cui facere quod liberet non liceret? Fundamentum igitur consensus cuiuslibet stat in ista naturali facultate ex qua libertatem æstimamus. Additur etiam *nisi si quid vi prohibeatur*, quoniam in ijs, quæ facti sunt & cùm de facienda re aliqua tractatur plus potest vis ad prohibendum ne id fiat quod alioqui & lex & ipsa etiam natura fieri permitteret, quàm aut lex aut natura posit ad prohibendum ne effectu vis fiat. Vis enim non fit sine facto, & quidem quod efficacius fit & potentius, vel hoc ipso quod prohibere faciliùs est quàm facere *l. Sabinus* 28. D. *commun. diuid.* Denique vim aliter quàm vi repellere nō possumus *l. 1. §. vim vi repellere l. 3. §. cum igitur l. qui possessionem* 17. D. *de vi & vi armat.* Solo legis auxilio nōn possumus, quia facto factum non ius opponendum est, Sicut è contrario ius non facto sed iure eliditur *l. si vnus* 27. *§. pactus ne peteret D. de pact.* Vnde & illud iactari solet, potentiori pares esse nos non posse *l. 3. in princip. D. de alien. iudic. mut. caus. fact. l. 1. in fin. D. si ex noxal. caus. agat.* Sic tamen hoc accipiendum est, vt quæ mihi ab alio vis infertur, non ideo meam minuat libertatem. Nam nec qui vinctus est eo minùs liber est *l. cùm heredes* 23. *§. vlt. de acquir. poss.* Sufficitque ad causam retinendæ libertatis, quod facere possem quicquid liberet si non vi prohiberer. Libertas siquidem ex faciendi facultate non ex facto ipso æstimatur. Vis autem non faciendi naturalem facultatem impedit aut elidit, sed factum ipsum, eique ne vnquam factum dici posit, occurrit. Proinde exceptio illa *nisi si quid vi* non ad restringendam libertatis diffinitionem pertinet, quasi libertas per oppositam vim amittatur, sed ad restringenda proxima illa præcedētia *quod cuique facere libet.* Quemadmodum nec quisquam dixerit eo minùs liberum quem esse, quod iure & pœnarum comminatione vt Harmenopul. loquitur prohibeatur ea facere quæ à publica honestate sint aliena. Tyrannica enim non iusta libertas illa est quæ cum matre Neronis ita loquitur *si libet, licet.* Iusta illa, quę sic è contrario *si licet, libet.* Quamquā nec omne quod licet honestum est *l. nō omne* 144. *l. semper in cōiunctionib.* 197. *De reg. iur. l. adoptiuus* 14. *§. seruiles* De *rit. nupt.* Exēpla sunt in *l. ancillarum* 27. *§. vlt. l. si possessor.* 52. *de petit. hered.* Probéque Papinianus noster vt talem tantúmque virum decuit *in l. filius* 15. De *condic. instit. Ea omnia quæ facta lædunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram, & vt generaliter dixerim quæ contra*

l. 1. l. in omnibus 57. D. de oblig. & action.

contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est. Propter quam causam adiecta sunt in definitione libertatis verba illa *aut iure.*

ILLAT. I.

De libera cuique rerum suarum alienatione.

EX hoc Principio illud primùm fit quod iam dixi, vt in cuiusque potestate sit res suas alienare, & de iis pro arbitrio disponere quatenus per leges licet *d.l.2.D.si à parent.quis manum.d.l.qua ratione 9.§.hæ quoque res de acquir.rer.domin.l.sicut 4.C.de oblig.& action.l.nec emere 16.C.de iur.delib.* Totum enim ius hoc commerciorum ex naturali illa libertate, & ex dominiorum distinctione quam ius gentium introduxit tanquam ex fontibus suis deriuatur. Dico autem *res suas* non solùm quia libertas illa naturalis nullum nobis in alienas res imperium tribuere posit, Obstante nimirum regula iuris non modò ciuilis, sed etiam gentium de qua *in l.id quod nostrum 11. de reg.iur.* Verùm & vt ex eo inferam non esse in liberi hominis potestate vt libertatem suam amittat, séque seruum faciat, quemadmodum scriptum est *in l.nec si volens 6.l.interrogatam 24.l.liberos 39.C.de liber.caus.* quia nemo sui ipsius dominus esse intelligitur *l.liber homo 13.D.ad leg.Aquil.* Nisi fortè patiatur se venundari ad precium participandum. Sed eo casu fit seruus non tam ex voluntate sua, quàm ex legis potestate in pœnam facti improbi contra leges admisſi *l.& seruorum 5.§.1.C.de stat.homin.* Huc etiam referri potest quod scriptum est *in l.vlt.C.de patr. potest.* libertati à maioribus nostris tantum impensum fuisse, vt patres quibus olim vitæ necísque potestas in liberos permissa erat, ijs tamen eripere libertatem non possent. Est enim libertas adeò naturalis, vt manente vita non posit eripi, quin alius homo effici quodammodo videatur *l.seruus legatus 27.in fin.De adim .legat.l.qui res 98.§.aream verſ. etsi seruus* De *solut.* Atqui neque lex neque natura cuiquam permittit vt nouum hominem faciat, nisi per nouam coniunctionem. Adde quòd longè tolerabilius erat vt possent parentes adimere vitam quam dederant, quàm vt libertatem quæ non tam à patre quàm à natura ipsa liberis acquisita intelligitur. Natura enim sine homine vitam dare hominémque facere non potest, Vnde tritum illud verbum Aristotelis *Sol & homo generant hominem.* At vt liber nascatur quisquis homo nascitur, si naturæ solius leges non item ius gentium intuearis, natura sola facere potest, nec in eam rem patris aut alterius hominis ministerio factóque vllo indiget. Itaque mirum non est plus posse naturam in libertate quàm in vita ipsa tuenda, & è contrario minorem esse patris potestatem in libertatem filij quàm in eius vitam. Denique grauius est libertatem quàm vitam amittere *l.vnic.in fin.principij C.de latin. libert.toll.* Nihil autem gratius libertate *l.Paulus 39.§.1.de fideic.libert.* Cui etiam addere quis illud posit, quod manumissor patri æquiparatur *Nouell.78.ca.2.* quasi vitam dedisse videatur, qui dedit libertatem.

l.2.si quis à parent.manum.sit.l.qua ratione 9.§.hæ quoque res D. de acquir. rer.domin.

l nec si volens 6.l.interrogatam 24 l.liberos 39 C de liberal.caus.

l. & seruorum 5. §. 1. D.de stat. homin.

l.vlt.C.de patr.potest.

ILLATIO II.

De fauore libertatis.

l. libertas 122. De regul. iur.

SEcūdò ex eodē Principio fit vt libertas nō solùm in iure nostro, sed apud omnes etiā gentes tā fauorabilis sit, vt nihil fauorabilius existimetur: quippe quæ nō modò secūdū naturā sit, sed tota etiā à natura. *l. 4. De iusti. & iur. l. libertas* 122. *De reg. iur.* Quamquam ciuilis legislator qui omne ius ad populi sui vtilitatem refert, & seruos pro nullis agnoscit, non tam ob seruos ipsos quàm ob eorum dominos libertatibus fauere videtur, nimirum vt quisquis seruus est tanto diligentior sit ad obsequendum cùm sciat vix fieri posse vt nullo merito suo præcedente libertatem à domino consequatur. Text. est elegans *in l. in bello* 12. *§. manumittendo* 9. *vers. liber erit seruus, vsque ad vers. certè de captiu. & postlim.* etsi locus ille non caret mendo, vt dicemus ad Princip. 4. *in fin. inf. eod.* Quæ res fecit vt tam multa contra communes iuris regulas fauore libertatis constituta passim legamus *§. vlt. infr. De donat. l. generaliter* 24. *§. si quis seruo de fideic. libert.* Quale inter cætera illud est, vt quæ semel competiit libertas nunquam reuocari possit nec beneficio ætatis minoris aut pupillaris, quamuis fuerit libertas indebita *l. si ex causa* 9. *§. vlt. D. de minor. l. 1. & tot. tit. C. si aduers. libert. l. 2. §. 1. ne de stat. defunct.* nec prætextu factæ manumissionis accepta pecunia cùm esset res inæstimabilis *l. licet accepta* 33. *C de liber. caus.* iunct. *l. libertas* 106. *l. non est singulis* 176. *§. 1. De reg. iur.* quæque ideò pecuniis nec lui potest nec reparari *l. statuliberum* 9. *§. illud-tractatum* D. *de statulib.* Nec rursus prætextu impetratę contra hereditatis actionem, in integrum restitutionis *l. 4. §. 2. D. de fideic. libert. l. sciendum* 32. *D. de testam. manum. l. 3. C. eod.* nec rescisso per querelam inofficiosi testamento *l. Papinianus* 8. *§. vlt. & l. seq. l. si sub hac* 26. D. *de inoff. test. l. 4. C. eod. l. cum duobus* 13. Nec prætextu non soluti vectigalis *l. 1. C. de vectig. & commis.* aut obsequij non præstiti velamento *l. solo* 30. *C. de liber. caus.* Imò nec si præstita sit libertas ex falsa causa *l. 1. C. de vindict. libert.* puta ex falsis codicillis *l. cùm ex falsis* 47. *D. de test. manum. l. pen. §. 1.* De *iur. patron. l. 2. C. de fideic. libert.* Denique perpetuum & generale illud est vt libertas quæ semel competiit aut præstita fuit, reuocari nullomodo possit *l. pen. §. vlt. C. de episc. & cleric. l. 3. C. de iur. dot. l. sicut semel* 20. *l sicut datam* 26. *C. de liber. caus. l. 4. C. de dolo mal. l. quidam* 25. *§. si quis filium* D. *ad SC. Trebell.*

Priuilegia libertatis

De libertate data seruo legato, & de libertate testamentaria, cur eius dies non cedat ante aditam hereditatem.

HInc est quod quāuis seruus sub cōdicione legatus interim sit heredis pleno iure, ab eo tamē non potest manumitti *l. seruum* 11. *D. de manumi.* ne alioqui legatario iniuria fieret existēte posteà cōdicione, Ait Caius *in l. generaliter* 29. *§. 1. qui & à quib. ma.* quia nō eo magis libertas reuocaretur, quomodo reuocātur cætera omnia medio tēpore facta per heredē quę ideo interim tenere placuit *l. is cui via* 11. *§. 1. quem. seruit. amitt. l. si fundum* 105. *De cond. & demonstr.* Hinc etiam ratio decidendi ad *l. 2.* D. *quib. ad libert. proclam. non licet.* Hinc rursum quod libertatis dies non cedit nisi ab adita hereditate quantumuis legata sit purè, licet aliorum legatorum minus fauorabilium purè relictorum dies statim cedat ex instanti mortis testatoris *l. vnic. §. in nouissi-*

mo C.de caduc.tollend.l.vam cum 8.D.*quand.dies leg.ced.*quoniam cùm diem legati cedere nihil aliud sit quã incipere legatum deberi *l.cedere* 213.*de verb. signif.* si ex instanti mortis cederet dies libertatis hoc ipso competeret, quia non ab homine deberetur, sed à lege quæ tam citò præstare potest quod debet, quàm debere. Ex quo autem semel competiisset reuocari posteà non posset, aut irrita fieri, nec si hereditas repudiata esset: atque ita eueniret vt etiam irrito facto & destituto testamento libertates competerent, quod esset contra omnem iuris rationem *l.si nemo* 9.*D.de testam.tut.l.ea quam* 14.*C.de fideic.* In cæteris legatis aliud est quia non à lege debentur sed ab herede instituto, & quamuis deberi cœperint ex die mortis, nõ priùs tamen peti possunt, nec proinde legatario acquiri, quàm adita sit hereditas, cùm nec prius quisquã heres sit. Proinde repudiata hereditate nihil vetat ea corruere licèt fuerint debita cùm etiãsi soluta essent possent repeti *l.*2.*§.* 1. *l.* 3. *& seq.De cond ind.* Nec est contrarium quod rei legatæ dominium dicitur recta via trãsire à testatore in legatarium *l.legatum* 80.*de leg.*2.*l.à Titio* 64.*de furt.*Id enim fit quia hereditas quandocunque adita, ex die mortis adita retrofingitur *l.heres* 54.D*e acq.hered.*Huius verò fauoris qui libertati tãtus impenditur, tota ratio illa est, quòd rerum omnium fauorabilissimus & quodammodo naturalis sit reditus ad statum suum primæuum, & naturalem *l.si vnus* 27.*§.pactus ne peteret in fi.* D.*de pact.l.si vero non remunerandi* 12.*§.idem Papinianus* D.*mandat.l.filio* 23.*De liber. & posth.l.ab hostibus* 12.*C.de postlim* Naturalis autem hominum omnium status ille est, vt sint liberi non serui. Itaque ad hanc eandem causam cætera omnia libertatis priuilegia per totum iuris nostri corpus sparsa referenda sunt.

ILLATIO III.

Quòd libertas publica res sit non priuata.

TErtiò ex eodem Principio fit, vt libertas non tam priuata quàm publica res esse existimetur *l.si quis rogatus* 53.D.*de fideic.libert.*cùm sit à natura quæ non modò publica, sed omnibus etiam hominibus communis est, Ideóque singulari fauore digna est eo nimirum qui & iuri publico & omnibus ad rem publicam spectantibus præstari solet. Hactenus præsertim vt omni pecuniario commodo præferatur, nec damni causâ vnquam intercidat *l.qui graui* 11.*cum seqq.D de iur.codicill.l.cùm pater* 77.*§.cùm existimaret de legat.*2.*l.* 1.*&* 2.*C.de commun.seru.manum* Imò & quod magis est anteponitur legitimæ filio debitæ in bonis patris, cuius in cæteris omnibus tantum fauorem esse leges voluerunt *l.Papinianus* 8.*§.quarta autem De inoff testam.*Iunge *l. si cognati* 21.*C.de negot gest.*

ILLAT. IV.

De fauore qui debetur etiam pia libertati.

QVartò ex eodem Principio fit, vt non tantum libertati iam competenti aut præstitæ fauendum sit, sed etiam cùm de hoc ipso quæritur an libertas competat aut debeatur, necne. Nam quoties dubia interpretatio est, secundum libertatem respondendum est *l.quoties dubia* 20.*De reg.iur.l.vlt.§.* 1.*De vulg.& pup subst.l.si idem seruus* 14.*de leg.*2.*l.* 3.*in fin.*D *de his quæ in test.*

delent.l.si peculium 10.§.1.*D.de manum.testam.*Sic dicimus in obscura volūtate manumitte .tis fauendum esse libertati *l.in obscura* 179.*De reg.iur. l.si seruus* 50.D.*de fideic.libert.*Item si in causa libertatis dissonātes pares iudicum existant sententiæ,præualere illā quæ sit pro libertate *l.lege Iunia* 24.D.*de manumiss.l.inter pares* 38.*D.de re iudic.*Nec tantùm lex ciuilis fauet libertati,sed etiam prætor.*l.3.§.1.De alien.iudic.mut.caus.fact.* & Imperatores *l. cùm inter* 14.C.*de fideic.libert.*

ILLAT. V.

De libertate inter pias causas connumeranda.

QVintò ex eodem Principio fit vt libertatis causa inter pias causas numeretur, quæ fauorem præcipuum merentur *l.1.§.penult.C.de commun. seru. manumis.*Vnde & interpretes nostri quæcunque fauore libertatis singulari iure constituta sunt,trahere solent ad cæteras pias causas.Et sanè cùm seruitus non possit esse non impia siquidem est contra naturam vt seq. Princ dicemus, consequens est vt libertatis causa sit pia quoniam est secundum naturam.Ideóque maiores tantùm iudices habet quæstio status *l. non distinguemus* 32.*§.de liberali* D.*de recept.qui arbitr.l.2.C.de pedan.iudic.*

ILLATIO VI.

De indiuiduo iure libertatis, indéque prohibita serui pignorati manumissione.

l.qui graui 11.*cum seqq* D.*de iur.codicill.l. cùm pater* 77.§. *cùm existimaret de leg.2.l.duobus* 30.*De liber.caus. l.1.& 2.* C. *de commu. seru.manū.*

SExtò ex eodem Principio fit vt libertas pro parte præstari non possit aut deberi , sed vel in totū vel nulla ex parte *d.l.qui graui* 11.*cum seqq.*De *iur.codicill.d.l.cùm pater §.cùm existimaret de legat.* 2. *l.duobus* 30. D. *de liber. caus.l.1.& 2.de commun.seru.manum.*Nempe quia cùm libertas sit naturalis, certum est per rerum naturam fieri non posse vt quis nascatur pro parte liber,pro parte seruus.Facit *l.alieno* 31.§.1.*D.de fideic.libert.l.ea quæ* 192.*De regul.iur.*Vnde etiam fit vt libertas dari non possit seruo pignori dato etiamsi debitor sit locuples *l.3.*D.*de manumiss.l.4.D.qui & à quib.manum.* quia non posset competere libertas nisi salua causa pignoris,sicut nec alienatio fit nisi saluo iure pignoris siue per venditionem fiat *l.si conuenerit* 18.*§.si fundus De pign.act.*siue per vsucapionē *l.1.§.cùm prædium D.de pignor.* manumissio autem alienationi comparatur.*l.vsufructu* 9.C.*de vsufr.l.9.§.1.*D*e autor.tutor. l.vlt.C.de reb.alien.non alienand.*Hoc autem repugnat libertati vt obligatus maneat qui liber est, cùm ius pignoris faciat vt possit distrahi res obligata *tot.tit.*De *distr.pignor.*Hominis autem liberi distractio & venditio nulla est, quia ex quo est liber desinit esse in hominum commercio.*l.1.§.si id quod* D. *de oblig.& action.*Itaque vt possit libertas dari,necesse est seruum esse manumittentis pleno iure, quod ipsum nec semper sufficit nisi constet seruum hunc nunquam in alterius dominium aut obligationem recidere posse vt in specie *l.seruum* 11.D.*de manum.l.generaliter* 29.*§.1.qui & à quib.man.* Hoc tamen quod diximus de prohibita serui pignorati manumissione ad libertatem directam pertinet, non ad fideicommissariam *l.generaliter* 24.§. *si quis seruo De fideic.libert.*si tamen is locus Vlpiani est,ac non potius Triboniani

vt a-

vt alibi scripsimus. *l. si pariter 9. §. vlt.* De *lib. cauf. l. indicatæ 29. De except. rei iudic.*

ILLATIO VII.

De libertate competente ipso iure.

SEptimò ex eodem Principio fit, vt quamuis nemo posit ex libero fieri seruus nisi facto aliquo interueniente, quia seruitus non naturalem causam habet sed accidentalem, cámq; contra naturam, tamen è contrario fit plerisque casibus vt libertas competat adeóque inuito domino sola legis potestate, nullóque hominis facto intercedente, vt puta si mancipium ita fuerit alienatum vel donatum vt manumittatur intra certum tempus, nec secuta sit manumissio *l. 1. & tot tit.* C. *si mancip. ita fuer. alienat. vt manum.* & alijs casibus de quib. *in tit.* D. *qui sin. manum ad lib. per.* Factum enim hominis quod in manumissione necessarium est sola iuris potestate repræsentatur vt ait *l. vlt. dict. tit.* C. *si mancip. ita fuer. alien.* Imò & quod amplius est, tum quoque cùm nulla persona est quę possit manumittere, idem tamen iuris effectus est suppletúrque factum etiam illius personæ quæ nulla est, puta si & venditor & emptor intra præscriptum tempus ambo sine herede decesserint *l. 1. ill. tit.* D. *qui sin. manumiss. ad libert. peruen.* Nec mirum id videri debet, quia si lex potest transferre dominium quod ex iure gentium duntaxat ad hunc potiùs quàm ad illum debeat pertinere, vt sæpius iam diximus ex Vlp. *tit. 19. De acquis. rer.* quantò magis potest seruo reddere libertatem quam natura communis mater hominibus omnibus æqualem dedit? Imò & silentio interdum libertas confertur vt *in l vlt.* C *commun. de manumiss.*

ILLATIO VIII.

De libertate danda inuito.

OCtauò ex eodem Principio fit vt etiam inuito seruo libertas dari possit *l. vlt. §. sin verò quidam* C *de testam manum.* Licet dici soleat inuito beneficium non conferri *l. inuito 69. de reg. iur.* nec posse liberalitatem nolenti acquiri *l. hoc iure 19. §. non potest.* D. *de donat.* quia sicut in serui potestate non est ne homo sit, ita nec illud ne talis homo sit, quales omnes homines nasci natura voluit, cùm libertas sit qualitas naturalis. Rectéque hoc casu potest vsurpari elegās illud dictū Imp. Leonis *Nou. 102.* Duplex beneficiū accipere cū q̄ beneficiū accipere cogitur. Longéq; alia ratio est filij quē dicimus nō aliter posse à patre emancipari quàm volentē & consentientē *l. 5. C. de emancip. lib.* Id enim fit non illa solùm ratione quam tradit Iacob. Cuiac. *ad l. seruus vetante 62. De verb. oblig.* quod pleraque sint commoda sui heredis quæ inuito ei eriperentur, si inuitus emanciparetur, sed etiam quia non poterat emancipatio fieri olim nisi per imaginariam venditionem quæ filiū familias interim seruum emptoris faciebat, propter quam causam dicebatur filius emancipatus capite minutus, licèt quòd sui iuris factus esset auctus potiùs videretur, vt dicemus *ad Tit. de capit. diminut.* Adde quòd nec qualitas naturalis est, Emancipatum esse, sed accidentalis, sicut & illa Esse nobilem, nec proinde in inuitum aut hæc aut illa conferri potest. Planè debitorem non solùm ignorantem sed etiam inuitum liberari posse constat *l. soluendo 39. de negot gest.* non quidē sola & nuda voluntate creditoris, sed iis modis quibus placuit iure tolli posse obligationem puta vel solutione ab alio facta *dict. l. soluendo*, vel alio iudicium accipiente pro debitore *l. solutione*

l. vlt. §. sin verò quidā C. de testā. manumit. l. 5. C. de emancip. liber.

l. soluendo 39. De negot. gest. l. solutione 23. D. de solut.

23.D.*de solut.* vel supponendo alium à quo debitum nouandi causa stipuleris siue ei posteà acceptum feras, siue non *l. si debitor* 91.*eod. l. si Stichum* 8.*in fin. de nouat. l. & per iusiurandum* 13.*§. tutor* De *acceptil.* (sunt enim certi modi & inducendæ & tollendæ obligationis *l. obligationum ferè* 44.*§. placet de oblig. & act.*) An verò hoc ob id solum quod etiam ignorantis & inuiti meliorem condicionem facere possimus, licèt non deteriorem? vt Caius scribit *in d. l. soluendo*. Minimè verò. Id enim non est perpetuum *d. l. inuito*. Vnde est quod quamuis legatum sit donatio *l. legatum* 36.*de legat.* 2. & consequenter lucrosum semper, damnosum nunquam *l. si hereditatem* 32. D.*mandat.* ob idque acquiratur etiam ignoranti *l. filiusfam.* 16.*in fin. D. qui testam. facer. poss. d. l. cum pater* 77.*§. surdo de legat.* 2. non tamẽ acquiritur inuito *l. ei qui* 13. De *condic. instit. l. ait prætor* 2.*§. Pomponius aliàs l. etsi sine in princip. l. si minor* 33. D. *de minor. l. si tibi homo* 86.*§. cùm seruus de legat.* 1. Verior igitur ratio est quia liberatio à libertate dicta est, & species quædam est vt ita dicam redditæ plenæ libertatis: Quid enim aliud est *liberari* quàm *liberum fieri*? Scilicet à vinculo obligationis. Definitur enim obligatio iuris vinculum *Tit. de obligat. infr.* nihil autem tam contrarium libertati quàm iustum vinculum, vnde est quod fideicommissaria libertas ei relicta quem posteà vinxit dominus, non debetur *l. fideicommissaria* 43. De *fideic. libert.* Item quod debitor etiam hodie dicitur quodammodo seruus creditoris, ideóque obnoxius simpliciter appellatur *in l. vlt. C. de præscr.* 30. *vel* 40. *annor.* In memoriam vt puto iuris veteris quo ex lege 12. tab. licebat creditori non solùm vincire debitorem qui soluendo non esset, cúmque in carceres coniicere, sed etiam verberare, adeóque si plures essent creditores corpus addicti debitoris secare ac inter se partiri, vt constat ex Valer. Max. *lib.* 4. *cap.* 1. Varr. *lib.* 6. *de ling latin.* Gell. *lib.* 20. *ca.* 1. Tit. Liuius *lib.* 8. vbi refert latam legem ne quis neruo aut compedibus ob pecuniam acceptam creditori seruiret. Denique liberum esse ab obligatione qualitas naturalis est non accidentalis. Nemo enim nascitur obligatus. Itaq; mirum non est liberationem perinde ac libertatem acquiri debitori non solùm ignoranti, verùm etiam inuito.

l. ei qui 13. D. de condic instit.

l. fideicommissaria 43. D. de fideic. libert.

Debitor quodammodo seruus est creditoris.

ILLATIO IX.

De impositis onerandæ libertatis causa.

NOnò ex eodem Principo fit, vt quæ libertatis onerandæ causa imposita sunt, ea exigi prætor non patiatur *l.* 1.*§. quæ oneranda & l. vlt. in fin.* D. *quar. rer. act. nõ det. l.* 2. *l. is qui oneranda* 32. D. *de oper. libert.* Quasi libertas quã uis certis legibus data non tam ex facto & voluntate manumittentis, quàm ab ipsa etiam natura competere videatur, ideóque permittendum non sit vt pro arbitrio manumissoris eiusdémque patroni supra modum oneretur. Facit l. 4. *C. de oper. libert.*

l. 1. §. quæ oneranda l. vlt. D quar rer. act. non det. l. 2. l. is qui oneranda 32. D. de oper. liber l. 4. C. eod. t.

ILLATIO X.

De odio violentiæ, & quæ ex eo sequuntur.

DEcimò ex eodem Principio fit vt legislator ciuilis nihil magis exosum habeat quàm vim, per quam scilicet naturalis hæc libertas infringitur, aut vt melius loquar, impeditur. Imò violentiæ nomen ipsum adeo

esto-

est odiosum vt sub vno eo nomine multa facinora contineri intelligatur inquit *l.quoniam 6.C.ad leg.Iul.de vi public.* Inde est, quod violenta possessione rescripto quidem principis confirmari potest *l.3.C.vnde vi*, ne inde nascatur iniuriarum occasio vnde iura nascuntur *l.meminerint 6.eo.* Inde quòd spoliatus etiam prædo ante omnia est restituendus *l.2.eo.l.si maritus 10.C.de donat. int.vir.& vxor.* adeò vt neque compensationis exceptio quæ omnium fauorabilissima est, ei obiici possit *l.vlt.in.fin.C.de compens.* Inde quod vim facere dicitur quisquis id quod suum esse, sibive deberi putat propria autoritate nõ per iudicem reposcit, ob idque ius suum amittit *l.extat.13.iunct.§.vlt.l.praeced.* D.*quod met.caus.l.pen.& vlt.*D.*ad leg.Iul.de vi priuat.* Non enim concedendũ est singulis quod per magistratum publicè fieri possit *l.nõ est singulis 176. De reg. iur.* vbi ratio redditur *Ne occasio sit maioris tumultus faciendi.* Inde quod interdictum *vnde vi* dicitur habere in se atrocitatem facinoris *l.1.§. interdictum hoc 43.*D.*de vi & vi armat.* Hinc denique est, quod in obligationibus faciendi non agitur præcisè ad factum, sed in locum facti succedit obligatio eius quod interest *l.si quis ab alio 13.§vlt.*D.*de re iudic.l.quoties quis aliũ 81.*De *verb.oblig.* Nempe quia non potest fieri, vt quis cogatur præcisè ad factũ sine vi & impressione, cuius inferendæ ius aut occasionem præbere nõ debet lex quæ factã ab homine vim tã seuerè coercet & reprimit. Sic legimus apud T. Liuium coactos olim Senatores ire in Senatum, sed pignoribus captis non præcisè. Item cogi interdum quem venire ad pretorem, sed remediis pretoriis id est captis distractísque pignoribus, aut mulcta contra eum dicta *l.1.§. quid ergo si non responderit* D.*de inspic.vent.*

L. quoniam 6.C. ad leg. Iul de vi public. *L.3.l.meminerint 6. C. vnde vi.* *L 2.eod. l.si maritus 10. C.de donat. int. vir. & vxor.l. vlt. in fin. C. de compens.* *L.extat 13. iunct.§.vlt. l. praec. D. quod met. caus.* *L.pẽ.& vlt. ad leg. Iul. de vi priua.* *L.non est singulis 176.de reg.iur.* *L.1.§. interdictum hoc 43.De vi & vi armat.* *L.si quis ab alio13.§.vlt. D.de re iudic. l. quoties quis alium 81. de verb. oblig.* *L.1.§. quid ergo si non responderint De inspic ventr.*

ILLATIO XI.

De gestis per vim & metum, & de voluntate coacta.

VNdecimò ex eodem Principio fit, vt non tantùm si quid per vim gestũ sit, sed etiam si per metum, ratum id nullo tempore habeatur *l.si mulier 21.§.1.D.quod met.caus.* maximè si metus illatus sit vel mortis vel seruitutis & vinculorum *l.4.cum seqq.l.7.§.1.eod.* Distat enim vis à metu, quòd vis est maioris rei impetus qui repelli non potest *l.2.eo.* significátque necessitatem impositã contrariam voluntati. Metus verò, instantis vel futuri periculi causa, mentis trepidationem *l.1.eod.* Itaque tã vis quàm metus infringit libertatem quia contraria est voluntati, in qua sola hominis libertas tota consistit: Et quamuis dici soleat coactam voluntatem esse voluntatem *d. l. si mulier § si metu coactus, l.si patre cogente 22.*D.*de rit.nupt.* Non tamen simpliciter absolutè & precisè voluntas dici potest, sed vt loquũtur interpretes causatiuè id est ex comparatione eius periculi cuius metus inferebatur, quia metuit ne quid sibi durius cõtingeret, Propter quã causam sic loquitur Celsus in *d.l.si patre, maluisse hoc videtur*, quasi dicat *ne hoc quidẽ volebat, sed hoc tamen maluit.* Quãquam cùm in malis non sit electio secũdum Aristotelem rectiùs loqueretur qui diceret hominem vi vel metu coactum ad aliquid faciendum non tam id maluisse, quàm minùs noluisse. Sicut enim aliud est velle aliud non nolle, aliud nolle aliud non velle *l.3.De reg.iur.l.pater Seuerianam 101.D. condic. & demonstr.l.4.*De *acquir.hered.l.4.vers.non enim ad Treb.* Aliud fateri, aliud nõ negare, aliud negare aliud nõ fateri *l.qui tacet 142.D.reg.iur.* sic lõgè aliud est, malle aliud minus nolle. Qui propriè mauult, vtrumque vult, sed hoc magis

L.si mulier 21.§. 1. D. quod met. caus. *§. si metu coactus d.l. si mulier l.si patre cogẽte 22. De rit. nupt.*

Malle & minus nolle.

quã illud. Qui verò propriè minùs nolle dicitur neutrum vult, sed hoc minùs quàm illud: Inde est quod interpositas metus causa transactiones aliásve conuentiones, iuris quidem ciuilis rigor validas esse patitur, quia voluntatẽ qualemqualem habent, id est saltem coactã (si enim voluntas nulla esset, deficiente consensu non posset contractus subsistere *l. in omnibus* 57. *De obli. & act. l.* 1. *D. de pact. l.* 1. *De transact.*) sed tamen prætor ratas non habet *l. interpositas* 13. *C. eod. §. si mulier. §.* 1. *& tot. tit. quod met. caus.* quia voluntas illa non est libera, ideóque rescinditur contractus per in integrũ restitutionem, quæ tamẽ vel ob hoc ipsum necessaria est, quòd interim contractus tenet. *l.* 2. *l. siquidem* 11. *C de præd. minor.* Quod enim nullum esset rescindi non posset *l.* 5. *D. de iniust. rupt. & irrit. fact. test.*

L. interpositas 13. *C. de transact.*

ILLATIO XII.

De libertate naturali rerum omnium.

DVodecimò ex hoc eodem Principio fit, vt non homines duntaxat, sed omnia etiam hominis liberi bona naturaliter libera esse intelligantur, nisi probetur aliqua seruitus constituta *l. cum eo* 9. *D. de seruit. vrban. præd. l. inter seruitutes* 15. illis verb. *prohiberi potest si seruitus debeatur eod. l. altius* 8. *& seq. C. de seruit. & aqua.* Neque enim posset liber homo de rebus suis disponere quomodo vellet si essent illæ obligatæ non liberæ, quemadmodum videmus non posse debitorem disponere de bonis pignori datis aut seruitutis onere affectis in præiudicium creditoris hypothecarij vel illius cuius fundo seruitus debeatur adeò vt quantumuis locuples sit, seruum tamen pignori datum manumittere non possit *l.* 3. *D. de manumiss. l.* 4. *D. qui & à quib. manum.* Eadem ratio facit, vt nunquam præsumatur res feudalis aut emphyteuticaria. Nã & hę fundi qualitates sunt non naturales vt libertas, sed accidentales, ideóque probandæ sunt, Notant nostri ad *l.* 1. *& vlt. C. de iur. emphy.* Idq; prorsus consequens est ei quod suprà diximus & seruitutes & obligationes ac conuentiones penè omnes inductas esse ex iure gentium, cæteras ex iure ciuili *l. ex hoc iure* 7. *De iust. & iur.* Ex eo namque apparet fieri non posse, vt fundus aliquis naturaliter dici possit, aut seruiens, aut feudalis, aut emphyteuticarius, cùm in his omnibus necesse sit præcedere conuentionem *§. si quis velit infr. De seruit. præ.* aut testamẽtum *tot. ti. De seruit. leg.* aut cõsuetudinẽ seu statutũ loci *l.* 1. *§. vl. l. vlt. De aqua plu. ar* aut deniq; lõgi tẽporis præscriptionẽ *l. si quis diuturno* 10. *si seru. vindic.* Etsi nõ ignoro quod scriptũ est in *d. §. vlt. l.* 1. *De aqua pluu. arc.* fundum inferiorẽ naturaliter seruire superiori. Sed nõ est illa seruitus de qua tractamus, nec quæ faciat quominùs idem fundus naturaliter sit liber, si nulla seruitutis lex ei dicta sit. Eadem enim natura quæ facit vt aquæ incommodum ex fundo superiore defluat in inferiorem, prospexit optimè, vt id incommodum cum alio commodo longè maiore compensaretur. Facit enim vt omnis pinguitudo terrę ad eundem fundum inferiorem decurrat, vt ibidem Vlpianus scribit.

L. cum eo 9. *De seruit. vrban præd. l. altius* 8. *& seq. C. de seruit. & aqua.*

L. 1. *D. de manumiss. l.* 4. *D. qui & à quib. manum.*

§. si quis velit Inst. De seruit præd. l. 1. *§. vlt. D. de aqua & aqua pluu. arcend. l. si quis diuturno* 10. *D. si seruit. vindic.*

ILLATIO XIII.

De pactis & legatis per quæ libertas infringitur.

DEcimò tertiò ex eodem Principio fit, vt neque pacta valeãt, neque legata per quæ ius libertatis infringitur, puta si promiseris mihi pecuniam, si Mæuiam vxorem nõ duces *l. Titio centum* 71. *§.* 1. *D. de condic. & demonst.* aut si cen-

L. Titio cẽtũ 71. *§.* 1. *&* 2. *D. de codic. & demonst.*

si centũ tibi legauero ita vt à meo monuméto nõ recedas, vel vt in illa ciuitate domicilium habeas §.2.*eiusd.leg.* vbi tamen Papin. subiicit, quod notandũ est, in defuncti libertis alio iure nos vti, quod & responsum est in *l.libertis* 18.§.*vlt. De alim.legat.* quia cùm libertatem ipsam à patrono acceperint, non est iniquũ duriore condicione eos censeri quàm ingenuos homines, vt nõ eorũ libertas oneretur, quemadmodum diximus illat.9. sed vt legatum consequi non debeant si nolint parêre condicioni, Maximè verò si cõdicio illa adiecta sit in actu ipso manumissionis, siue testamẽtariæ, siue inter viuos vt in *l.Mauia* 44. *De manum.test.* Qua enim fronte possit obsecro libertus patroni suæ voluntati ex qua nouũ lucrum consequi velit obiicere libertatem quã ab eodem patrono acceperit? *arg.l.filio* 7.*D.vt legat.nõ.caueat.l.*4.*C.de obseq.patr.præst.* Potest siquidẽ quilibet in alienatione rei suę quã vult legẽ dicere *l.in traditionibus* 44. *de pact.l.vlt.C.de pact.int.empt.* etiam quæ alioquin nõ valeret *l.ei fundo* 19.D. *de seruit.l. venditor* 13.*commu.præ.* manumissio autẽ alienatio est *l.seruus furiosi* 13. D.*de manu.* vbi hac de causa negatur serũ furiosi posse manumitti à curatore, quoniam, inquit lex, manumissio in patrimonij administratione nõ est. Quę ratio etiam facit vt nec à tutore possit manumitti seruus pupilli etiam qui à pupillo ipso manumitti & potuerit & debuerit *l.pen.C.qui manum.non poss.*

L. libertis 18.§.vlt D. de alim. legat.

L. Mauia 44. D.de manum test.

ILLATIO X.

De libertate testandi.

DEcimò quartò ex eodem Principio fit, vt neque pactione, neque alia qualibet arte possit quis liberam testamenti factionem sibi præripere *l.cum duobus* 52.*aliàs l.si fratres §.idem respondit societatem D. pro socio l.stipulatio hoc modo concepta* 61.*De ver.oblig.l.pactum quod dotali* 15.*l.vlt.C.de pact.* Est enim contra bonos mores quicquid fit, vt ea testandi libertas eripiatur *l.ex eo* 4.C. *de inutil.stipulat.* Nec solùm contra bonos, mores ciuiles, vt interpretes quidã disputant, sed etiam contra naturales quia libertas illa naturalis est. Etsi enim non à natura, sed à lege habet homo vt testari possit, vt scripsimus *illat.*1.*ad Princip.*5.*tit.praced.* habet tamen à natura vt testari velit, liberúmque habere testandi arbitriũ *l.*1.*C.de sacros.eccles.* vbi scriptum est nihil esse quod hominibus magis debeatur. Simile quidpiam scriptum est in *l.ne cum filiofamilias* 16. *De furt.* ne pater furti agere cum filiofam. possit, non iuris constitutionem, sed naturam impedimento esse, quòd inquit, non magis cum iis quos in potestate habemus quàm nobiscum ipsi agere possimus. Sensus enim est, Esse quidẽ ex iure ciuili nõ à natura vt liberos in potestate habeamus *tit.de patr.potest.infr.* & consequenter vt patris & filiifamilias vna persona esse existimetur. Sed tamen ita cõstituto iure ciuili naturã ipsam rei esse impedimẽto ne pater cũ filiofamilias agere possit, quia per rerũ naturã fieri nequit vt agat quis cũ seipso. Vnde est quod inter patrẽ & filiũ emãcipatũ lis esse potest talẽ venia petita *l.*3.*C.de in ius voc.* imò & inter patrẽ & filiumfamilias de castrensi peculio *l.*4.*D de iudic.* quoniã in eo peculio filiusfami. patrisfamilias loco est *l.*2.*D.ad SC.Maced.* Et hic sensus est *d.l.*16. à paucis fortasse bene perceptus. Dices, Eadem ratione futurum vt inferre quis possit nec de alia re vlla valere hominum conuentiones. Cùm eam libertatem eripiant aut saltem restringant, siquidem dici solet contractus omnes qui modò vtiles sint, ab initio esse voluntatis, ex postfacto necessitatis *l.sicut* 5.*C.de oblig. & act.* ob eámque causam vt toties diximus, obligatio iuris vinculum definitur *tit. de obligat. infr.*

L.ex eo. 4. C de inutil. stipulat.

L ne cum filiofamilias. 16. D.de fur. L sicut 5.C. de oblig. & act.

Ergo verò nego consecutionem. Diuersitatis enim ratio illa est quod in cõtractibus omnibus adeoque pactis necesse est plurium consensum interuenire *l.1. D. de pact.* Vnde & conuentiones appellãtur. Itaque voluntas quę cõtractum facit non est huius vel illius, id est alterutrius, sed vtriusque contrahentium consensus. Nec proinde ratio vlla iuris aut æquitatis patitur, vt ex alterutrius pœnitentia resoluatur contractus, qui vtrinsque consensu perfectus fuit *l. prout 80. de solut. l. nihil tam naturale 35. De reg. iur.* At vltima cuiusque voluntas vnius tantùm hominis est, adeò vt neque ex alieno arbitrio pẽdere debeat *l. captatorias 70. & seq l. captatoria 64. de legat. 1.* Vnde & testamẽtum definitur iusta sententia voluntatis nostræ non alienæ *l.1. D. qui testam. fac. poss.* Fieri ergo non potest vt restringatur, quin libertas infringatur. Nec enim dicitur vltima voluntas, quòd post eã alia nulla sit, nã eo sensu diceretur vltima etiã quæ esset irreuocabilis, sed quia est ambulatoria ad vltimum vsque vitæ exitum *l. cùm hic status 32. §. pœnitentiam de don. int. vir. & vxor. l. 4. De adim. leg.* nec eam lex alia de causa confirmat, quàm quòd reuocata non sit cùm reuocari potuisset. Voluntas enim quæ inter viuos valuisset ea confirmatione non indigeret, qua indigent vltimæ voluntates.

L. cùm hic status 32. §. pœnitẽtiam De donat. int. vir. & vxor. l. 4. De adim. legat.

ILLATIO XV.

De permissa per Principem libera facultate testandi.

DEcimò quintò ex eodem Principio fit, vt si cui libera testamenti factio per rescriptum Principis concessa sit, non aliud concessum intelligatur, quàm vt secundum leges quis testetur *l. si quando 35. in princip. C. de inoff. testam.* iunct. *l. 3. §. 1. De bon. liber.* nẽpe quia nec aliud sonat nomen ipsum libertatis, vt verba illa definitionis nostræ demonstrant *nisi si quid iure prohibetur.*

L. si quando 35. C. de inof. test. l. 3. §. 1. D. de bon. libert.

ILLATIO XVI.

De iis quæ iure ac honestè fieri non possunt.

DEcimò sextò ex eodem Principio quod in Principij declaratione attigimus, vt quæ honestè facere non possumus ea nec facere posse existimemur *d. l. filius 15. De condic. instit.* Imò verò quod magis est, libertas ipsa facit, vt homini libero non debeat esse liberum quicquam facere quod sit contra leges vel contra bonos mores, At vt è contrario iustè viuere cogatur & ex præscripto legum sub quibus nasci eum Deus voluit *l. 1. & 2. D. de legib.* iunct. *l. iustitia 10. § 1. De iustit. & iur.* Vnde inferri potest non inelegãter quod Vlp. scribit in *l. iuris gentium 7. § si ob maleficium De pact.* Si quid tibi promisero ob hoc solùm ne maleficium facias, non obligari me ex hac conuentione, Non magis quàm si tibi promisissem, vt furtum vel homicidium faceres *l. generaliter 26. & seq. D. de verb. obligat.* Quamquam diuersa ratione. Hæc enim posterior promissio non valeret tanquã turpis. Prior verò, tanquã facta sine causa, quia causa nulla est cur pecuniã habere debeas ne facias id quod etiãsi maximè velis tibi facere liberum non sit, quia iure prohibearis, Quod enim lex te facere prohibet, id te non facere cogit etiam inuitum. Et sanè si verum amamus, habet etiam hæc promissio admixtam turpitudinem quia turpe est & ab hominis boni ac honesti dignitate alienum, bene viuendi precium aliud quærere quàm quod ex amore virtutis & honestatis legũque obserua-

L. filius 15. D. de cõdic. instit.

L. iuris gentium 7. § si ob maleficiũ D. de pact. L. generaliter 26. & seq. De ver. obligat.

obseruatione bonis omnibus propositum sit,& cōstitutū,exēplo eius quod ex Papiniano scribit Iustin. quamuis in specie dissimili in *d.l.si quando §.1.C. de inoff. testam.* meritis magis filios ad paterna obsequia prouocandos esse, quàm pactionibus adstringendos. Planè in pœnam delicti præsertim quod legibus non puniatur pecuniam stipulari possumus *l.ex ea 121.§.1.de verb. oblig.* *L.ex ea 121. §.1.de verb. oblig.*

ILLATIO XVII.

De libertate in vltimum vitæ momentum non conferenda.

DEcimò septimò ex eodem Principio fit, vt libertas non possit conferri in vitæ momentum vltimum *l.libertas 17.l.vlt.De manum.test.* quia cùm reddat hominem naturali suo iuri,non potest fieri vt incipiat quis esse liber eo instanti quo desinit esse homo.

ILLATIO XVIII.

Præstationem libertatis nunquam fieri dominij translationem.

DEcimò octauò inde fit ne præstatio libertatis fieri vnquā possit dominij translatio , vt eleganter licèt subobscurè loquitur Thryph. in *l. in bello 12.§.manumittendo de capt. & postli.* vbi tamē tractat speciem ex qua,quomodo accipiendum hoc sit non obscurum est.

De libertate filiifamilias.

ET ex his responderi potest ad id quod fortasse quis obiecturus sit,Secūdum eam quā proposuimus libertatis definitionem fieri,vt filiusfamilias liber non esse videatur,Cùm non habeat liberam illam facultatem & voluntatem faciendi quicquid velit, Siquidem si ab aliquo heres sit institutus non potest hereditatem adire nisi iubente patre *l.qui in aliena 6.l.si quis mihi bona 25.§.iussum D.de acquir.hered.* Respondendum enim est id fieri,nō quia filiifamilias persona non sit libera & integra,sed quia ius prohibet ne filiusfamilias delatā sibi hereditatē inscio patre adire possit. Hoc ipsum verò cur ita? Quoniam alioqui fieret vt per filij aditionem ignorans & inuitus pater hereditario æri alieno obligaretur *d.l.qui in aliena*, quod esset iniquum,siue ponas oneratam, siue opulentissimam esse hereditatem(nec enim præscribi cuiquam debet cur metuat hereditatem adire,vel cur nolit cùm variæ sint hominum voluntates,vt ait *l.4.D.ad SC.Treb.l.si intestamento 22.D.si quis omiss.cau.testam.*)Melior nāq;cōdicio nostra fieri potest per eos quos in potestate habemus vt,& per alios deterior non potest *l.melior 133.de reg.iur.*iunct. *l.in persona 30.De pact.l.seruus meus 19.D.mandat.l.soluendo 39.De negot.gest.l. seruitutes 20.§.pen.vrb.præd.* Quæ ratio facit,vt nec in patris potestate sit repudiando hereditatē filiofamilias delatam,nocere filio non consentienti *l.is qui heres 13.§.vlt.De acquir.hered.l.vlt.C.de bon.quæ liber.* Nec tamen idcirco quis dixerit patrisfamilias personam liberam non esse.Idémque in persona domini seruum habentis tractari potest, Non quòd hereditatem seruo datā repudiare non possit sine consensu serui (potest enim , habétque in eo seruus minus iuris quàm filiusfamilias, quia cùm non habeat factionem testa-

L. qui in aliena 6.l. si is qui mihi bona 25.§.iussum D.de acq. hered.

menti nisi ex persona domini *l.non minùs* 31.D.*de hered.inst.*hereditas in qua fuit seruus institutus nõ ipsi seruo sed soli domino delata intelligitur,ac pro inde solius domini est eã repudiare) sed quia prohibere non potest quominùs ei inuito & vetanti acquiratur per seruum pene ex omnibus causis *l.seruus vetante* 62.*De verb.obligat.l.etiam inuitis* 32.*De acq.rer.dom.*vbi adiecta est dictio illa *penè* propter hereditatem quã seruus adire nõ potest nisi iussu domini præcedẽte.Sed quod ex cęteris causis seruus acquirit domino non solũ ignoranti, verùm etiã inuito cùm fiat iure potestatis *l.placet* 79.*De acq.hered.*non lædit ius libertatis domini, in cuius scilicet remanet potestate non solùm vt seruum manumittat,vel alienet si per eum sibi acquiri nolit, sed etiam vt quod sibi acquisitum est per seruum, à se abdicet, & ei si volet restituat à quo fuit acquisitum. Difficilius illud videtur,quod non magis filiifamilias quàm serui voluntas vlla esse intelligitur,cùm velle non credatur qui obsequitur imperio patris aut domini,vt est in iuris regula *l.4. De reg. iur.* Quomodo enim libertatem habere videri potest filiusfamilias si non habet voluntatem,ex qua,vt dixi,libertas æstimatur? Nam & inde est quod si quid faciat filius non solùm cum patre,sed etiam cum alio,præsente patre,per metum reuerentialem id facere intelligatur:quasi quem pudor impediat ne patri resistere possit propter paternam verecundiã *l.pen.D.de furt.l.1.§.quæ onerandæ D.quar.rer.act.non dat.* Nec responderi potest id fieri iure patriæ potestatis,& iure ciuili. Nam vt parentibus nostris parcamus,non solùm ex iure gentium est *l.2.D.de iust.& iur.*sed etiam ex iure naturali,vt scripsimus ad Princip.5.*Tit. De iur.nat. & ciuil.* Sed respondendum est eam patri à liberis debitam obseruantiam non facere quin liberi propriã liberámque habeant voluntatem *l.f.desessor* 26.*§.1.D.de pignor.l.sed quæ patris* 12.*de sponsal.l.si patre cogente* 22.*De ritu nupt.*Nec proinde quin dici debeant liberi non serui. Alioqui nec emancipati haberent libertatem, cùm eandem quam sui heredes obseruantiam parentibus naturaliter debeant *l.1.l.9.l.penult.*D. *de obseq. par. præst.l.2.C.qui & aduers.quos in integr.rest.l.3 C.de patr.potest.* Non enim ius patriæ potestatis,sed ipsius naturæ religio facit vt ea pietas & obseruãtia parẽtibus à liberis debeatur *l.4.D de cura.furio.l.liberi* 28.*C.de inoff.test.l.3 C. de in ius vocã.*Propter quã causã nõ dubitatur quin valeãt omnia gesta inter patrẽ & liberos,siue filiosfamilias,siue emancipatos,quibus ex causis & casibus placuit inter eos contrahi posse, adeò vt nec rescindi debeant per in integrum restitutionem quasi per vim aut metum gesta,si nõ ad metum illum quem vocãt reuerentialẽ immodica & enormis læsio accesserit *l.si superstite* 5.*vers.sanè* C.*de dolo*. Quid ergo est? Dicimus filium & seruum non credi velle ea quæ faciant vt patris vel domini imperio obsequãtur,Vt intelligamus dignos eos esse venia etiam si quid illicitè fecerint, propter quod alioqui vel infamia notari deberent,vel pœna aliqua,aut actione teneri, quoniã parêre iis necesse fuit *l.non videntur* 67.*§.1.l.is damnũ dat.*169.*De reg.iur.l.liberorum* 11.*§.vlt.cum l.seqq. D. de his qui notant infam.l. liber homo* 37.*D.ad legem Aquil.* Excipienda tamen sunt ea quæ habent in se atrocitatem sceleris & facinoris, Nec enim in iis patri filius obtemperare debet, at ne quidem domino seruus *l. is qui in puteum* 11. *§.an ignoscitur D. quod vi aut clam leg. seruus non in omnibus* 20.D.*obligation. & action.*

*L.placet.*79. *de acq. hered.*

L.4. De regul. iur.

Faten-

Fatendum tamen est posse dici quodammodo eum fieri liberum qui eximitur & liberatur patria potestate *l. si filius* 8. D. *de probat. l. vnic.* C. *de ingrat. liber.*

PRINCIPIVM III.

Definitio seruitutis.

S*Eruitus est constitutio iuris gentiũ, qua quis dominio alieno cõtra naturam subiicitur l. 4. §. 1. D. de stat. homin. l. 4. & 5. De instit. & iur.* Dicitur cõstitutio iuris gentium quia nõ potest esse ex iure naturali, cùm natura homines omnes liberi nascantur, neque ex iure ciuili, cùm ius ciuile seruos non agnoscat nisi hactenus vt eos pro nullis habeat, quemadmodum à nobis disputatum est in superioribus. Nec quòd seruus quis fieri potest etiam iure ciuili, puta si ad precium participandum se venũdari passus sit ad rem facit: Etsi enim modus hic seruitutis constituendæ est ex iure ciuili, seruitus tamen ipsa non eo minùs est ex iure gẽtium, quia nec aliud facit hîc ius ciuile nisi vt qui se tãquam si iure gentium seruus esset venundari passus est dolo malo vt deciperet emptorem, non impune ferat, nec possit implorare auxilium legis prohibentis liberi hominis venditionem, Vt diximus ad Princip. 1. *vers. concludamus in fin. sup. hoc tit. ex l. 4. D. quib. ad liber. proclam. non licet.* Dicitur *dominio alieno*, quoniam seruus non potest intelligi nisi ex cõparatione domini. Neque enim sibi ipsi seruire quis potest, imò nec cuiquam res sua *l. in re communi* 26. D. *de seruit. vrban. præd.* nec prædiũ vllum sibi ipsi *l. cùm essent* 33. §. 1. D. *de seruit. rustic. præd.* Vnde etiam est quod membrorum suorum dominus nemo esse intelligitur *l. liber homo* 13. *in princip.* D. *ad leg. Aquil.* Nam inter dominum & seruum necesse est realem, & vt ita dicam identificam esse distinctionem. Inducunt etiam verba ista differentiam manifestam inter filiumfamilias & seruum. Filiusfamilias enim alienæ quidem potestati subiicitur, sed non alieno dominio, cùm ob eam causam suus heres dicatur, id est suus dominus (*heredem* enim pro domino veteres dicebant, vt iam sępius monuimus §. *vlt. Inst. de hered. qualit. & differ.*) quasi qui in proprio sui ipsius dominio sit non in alieno. Quid? inquies, An non potest seruus quis esse etiam nullius? Finge seruum hereditarium *l.* 3. D. *de pecu.* Illud enim rebus omnibus hereditariis commune est vt ante aditam hereditatem in nullius bonis esse intelligantur *l.* 1. D. *de rer. diui.* Sed id ita accipiendum est, vt reuera sint nullius, quia neque vllus est qui iã mortuus est, neq; adhuc dominus esse potest qui nõdũ heres est: hereditas autẽ licèt defuncti personã repræsentet, non tamẽ tale quid est quod re ipsa subsistat sed tãtùm iuris fictione cùm sit nomen iuris *l. hereditas* 50. D. *de petit hered. l.* 3. §. 1. D. *de bonor. poss.* Cæterum fictione iuris inducto nomine & iure hereditatis quæ defuncti personam repręsentet, ob eas rationes quas attulimus ad Princip. 5. *illat.* 3 *sup. tit. prox.* nõ potest dici nullius esse seruum qui sit hereditatis. Vnde fit, vt ex persona domini defũcti possit institui *l. nõ minus* 31. §. 1. D. *hered. instit.* Cùmque eo tẽpore quo hereditas esse desinit id est ex instãti secutę aditionis succedat alia iuris fictio quę facit vt hereditas

L. 4. D quib. ad libert. proclam. nõ licet.

L in re com. 26. D. de seruit. vrb. præ. l. cùm esset 33. §. 1. rustic. præd.

L. nõ minus 31. §. 1. D. de hered instit.

quandocunque adita iam inde ab instanti mortis adita esse intelligatur *l. heres quandocunque* 54. *De acq. hered.* eáque retrofictio aditæ hereditatis secũ trahat cætera omnia quæ pendent ab aditione *l. omnia* 193. *De reg. iur.* apparet nullum instans dari posse quo videatur nullius fuisse seruus quandiu fuit hereditarius. Adeo autem impossibile est, vt qui seruus est, nullius sit, vt nec libertus quisquam dici possit quin alicuius libertus sit. Sunt enim ista etiam *libertus, & patronus* correlatiua, sicut & illa *seruus* & *dominus*. Dices imò verò eum qui domini sui testamento manumissus est nullius libertum esse, quia cùm libertatẽ accipiat à defuncto qui iam nullus est, & accipiat eo tempore quo iam sit ille mortuus (nõ enim valent testamẽtariæ manumissiones nisi per legẽ duodecim tabularum ex qua parte confirmat supremas defunctorum voluntates, vt Vlp. in Titulis scribit *Tit.* 1. non potest dici libertus heredis à quo nihil acceperit. Ergo vel nullius libertus est, vel quod idem est, solius defuncti. Nam & defunctus nullus est. Sicut & qui domini necem detexit De quo *in l. 4. in princip. De bon. libert.* nullius libertus esse dicitur. Fit enim liber ex senatusconsulto *d. l. 4. aut à prætore l. æris alieni* 39. *D. ad l. falcid.* Respondeo imò verò esse libertum eius cuius fuit seruus *l. 3. §. qui necem* D. *de suis & legit.* Ergo defuncti, Et quia defunctus reuera nullus est, placuit dici eum libertum orcinũ *l. 3. §. planè si fortè* D. *de legit. tutor. l. qui ob necem* 5. D. *qui sin. manum. ad libert. peruen.* aut familiæ defuncti, vt loquitur Papin. in *l. si socius* 48. D. *de testam. manumiss.* Non alia ratione quàm quia defuncti libertus est, vt probatur non ineleganter ex *l. pen. in princ. De iur. patron.* vbi Thryphoninus scribit si filius patris necem inultã reliquerit quam seruus detexit, qui ideo meruit libertatem, non esse habendum filium pro patroni filio, quia indignus est. Non ait *non esse habendum pro patrono filium*, quia nec si patris mortem vindicasset patronus tamẽ dici posset qui libertatem non dedisset, sed *non esse habendum, pro patroni filio*. Ita innuens è cõtrario habendum fore illum pro filio patroni, si patris mortem vindicasset. Atqui nec illo etiam casu haberi posset pro filio patroni, si pater ipse patronus non esset. Quamquam vt ad propositum redeamus multò facilius est, vt libertus aliquis sit sine patrono, quàm vt seruus sine domino. Libertus enim dicitur habito respectu ad id non quod nũc est, sed quod antè fuit, scilicet quia fuit anteà seruus, & talis esse desiit, Seruus autem dicitur habito respectu ad præsentem statum, quia dominum habet. Itaque fieri non potest, vt quo instanti quis seruus est, eodem instanti non sit alius dominus. At nihil prohibet, liberũ quẽ fieri eo tempore quo dominus amplius nullus est, vt in exemplis illis quæ attulimus De manumissis testamento vel à prætore ex senatusconsulto ob necẽ domini detectam. Vtroque enim casu qui fuit dominus quandiu vixit, dominus mãsit, nec cœpit libertas competere nisi post mortem; quo tempore desiit iam vtique dominus esse, qui desiit esse homo: nec eo magis potuit incipere fieri patronus desinens esse dominus, cùm qui mortuus est non magis patronus fieri possit quàm dominus, licèt eo demum instãti quo iam mortuus sit dominus, incipiat libertus fieri is qui seruus fuit, quia nec priùs liber est, nec rursum priùs libertus quàm liber. Vnde nec nouum, quanquam perrarum est vt quis sui ipsius libertus intelligatur, quemadmodum in specie *l. vnic. §. illud etiam* 8. *C. de latin. libert. toll.* At vt quis sui ipsius seruus sit aut esse intelligatur nullo vnquã casu euenit. Rectè igitur in seruitutis definitione adiecta sunt verba illa *dominio alieno*. Sequitur *contra naturã* nõ quasi aliquo casu fieri possit, vt quis

L. 4. in prin. D. de bon. liber.
L. 3. §. qui necem De suis & legit.
L. 3. §. planè si fortè de legit. tutor. l. qui ob necẽ 5. D. qui sine manumiss. ad libert. peruen.
L. si socius 48. D. de manum. testam.
L. pen. in princip. De iur. patron.
L. vnic. § illud etiã. 8. C. de latin. libert. tollẽd.

quis alieno dominio secundum naturam subiiciatur, sed quia semper & omnimodo contra naturam est vt homo subiectus sit dominio alieno, cùm natura omnes homines æquales nasci, viuere, & mori voluerit. *l. quod attinet 32. De regul.iur.* Non tamen omnis subiectio est contra naturam, sed illa tantùm quæ ad dominij causam pertinet. Alioqui vt filius parentibus, & ciuis quilibet magistratui & legibus subiectus sit, vt ideo parere habeat necesse secundum naturam est non contra naturam *l.2. De iustit.& iur. l. 1. & 2. D.de legib. l. non videntur 67. §.1. l. 199. De regul.iur.l.3.vers.sed vim D.quod met.caus.* Est etiam subiectio quædam quæ neque ex natura est, neque contra naturam, sed præter naturam, vt cùm quis alienæ potestati siue per adoptionem, siue per adrogationem subiicitur *Tit. de Adopt.* Aliud enim est fieri quid præter naturam, aliud contra naturam, sicut & aliud fieri quid præter leges, aliud contra leges. Prætor nihil potuit facere contra leges *l.iuris gentium 7.§.ait prætor De pact.* Præter leges multa fecit & facere pro suo iure potuit *l.nec non 28. §. quoad eius D.ex quib.caus.maior.*

Subiectio alia secundū naturam, Alia contra naturā, Alia præter naturam.

Fauor libertatis ex odio seruitutis, Et odium seruitutis ex fauore libertatis.

AD hoc Principium referri possunt eæ omnes ferè illationes quas ad Principium proximè præcedens accommodauimus. Quandoquidem libertas & seruitus adeò sunt correlatiua, vt neque alia ratione fauorabilis sit libertas quàm propter odium seruitutis, neque odiosa seruitus quàm propter fauorem libertatis.

ILLATIO I.

De seruis fugitiuis.

EX hoc Principio illud etiam fit vt seruus fugitiuus sui furtum facere intelligatur, tanquam qui dominio alieno ita subiectus sit vt etiam à domino suo possideatur *l.3.§.si seruus §.Nerua filius D.de acquir.poss.* ideóque dicitur interdum esse sub possessione domini sui, hoc sensu, quòd sit sub eius potestate *l.apud antiquos 21.vers.tunc autem C.de furt.& seru.corrupt.* Eáq; res facit vt libertatem vsucapere non possit *l.1.C.de seru.fugit.* vbi ratio redditur *ne seruorum fuga dominis suis ex quacūque causa fiat damnosa.* Etsi enim potuit illa etiam ratio reddi quòd non procedat vsucapio sine bona fide *l.si aliena 10.& pass.D.de vsucap.* fuga verò vsque adeò impediat bonam fidem vt etiam qui scit se liberum si pro fugitiuo agat hoc ipso quod in fuga est pro seruo agat *l. quod autem 10. D. de liber.caus.l.1. C.de long.temp.præscr.quæ pro lib.* Itē quòd rei furtiuæ vsucapio prohibita sit lege 12.tab.& lege Attinia *l.nō solum 33.in prin.de vsuca.§.furtiuæ infr.ill.tit.* furtum autem nihil aliud sit quàm interuersio possessionis, vt ex Iac.Cuiacio diximus ad Princip.5.illat.3. sup. tit. prox.aut potiùs ex Vlp. & Scæuola *in l.1.§.Scæuola si is qui test.lib. ess.iuss.* tamen hæc quoque ratio recta est quod serui fuga domino damnosa esse nō debeat, neque enim seruo libera facultas esse debet constituendi de alieni dominij iure quod nec libero homini liceret *l.in bello 12.§.manumittendo De capt.& postlim.* Nam & inde fit vt seruus deteriore conditione possideatur quàm cæteræ res mobiles. Illę siquidem omnes quatenus sub custodia nostra sunt hactenus possidētur, id est quatenus si velimus naturalem earū possessionē nancisci possumus, nec distinguimus, an ab alio iam possideantur,

l.apud antiquos 21.ver. tunc autem C.de furt. l.1.C. de seruis fugit.

necne. Homo autem etiamsi fugerit ita vt nec adprehendi nec inueniri possit, non eo minùs tamen à nobis possidetur, Ne alioqui in eius potestate sit facere quoties & quando voluerit vt à nobis possideatur aut non, vt ex Nerua filio Paulus eleganter tractat *in d.l.3.§. Nerua filius de acq.poss.* qui locus notandus est vt appareat seruos non tantùm quadrupedibus comparari *l.2. D.ad leg. Aquil.* sed & peioris interdum condicionis esse quàm sint quadrupedes etiam captæ, & in potestatem nostram redactæ, quia quo liberius habet à natura arbitrium, eo durius vinculo seruitutis constringendus fuit, aut potiùs quia solus homo liberum arbitrium habet, bruta verò animantia nullum: quomodo & seruo nostro qui ab hostibus captus fuerat reuerso in ciuitatem, non distinguimus quomodo in libero homine distingueretur an habuerit animum redeundi ad hostes, sed omnimodo eum recipimus iure postliminij *d.l.12.§.manumittendo De capt.& postl.* Sed & quod magis est per seruum etiam qui in fuga sit posse nos possidere vtilitatis causa receptum est, ex eáque causa & impleri vsucapionem & publicianam competere, licèt summo iure aliud esse videatur, *l.1.§.per seruum qui in fuga D. de acquir.poss.* iunct. *§.hæc quæ de seruis eiusd.leg.l.25.§.vlt.D.de liber.caus. & l.si seruus meus* 15.*D.de public.. in rem act.* quoniam alioquin fuga serui domino noceret. *l.eā quæ* 21.*C.de liber.caus.* Inde etiam est quod ex furto quod seruus fecerit domino non tenetur post manumissionem *l. vlt. C.an seruus pro suo fact.post manu.teneat. l.1.C.de noxal.act.* ex eo autē quod alij quàm domino fecerit, tenetur, quia noxa caput sequitur. *l.licet* 4.*C.an ser.pro suo fact.* Priore namque casu neque dominium, neque possessio eripitur domino quod posteriore casu diuersum est. Quod autem generaliùs & æquè verè dici potest, seruum nunquam posse deteriorem facere domini sui condicionem, meliorē verò posse illo etiam inuito *l.melior* 133.*De reg.iur.* iunct. *l.etiam* 32.*De acq.rer.dom. l.seruus vetante.* 62.*D.de verb.oblig.* ad hoc principium referri non potest. Idē enim obtinet etiam in filijsfamilias, & in quolibet alio homine libero *l. in persona* 30.*D.de pact.l.soluendo* 39.*De negot.gest.l.seruitutes* 20.*§.penult.De seruit.vrb.præd.* pendétque ex Principio illo iuris naturalis, quo & honestè viuere iubetur quisque & alium lædere prohibetur.

.3.§.Nerua filius de acquir.poss.

l.vlt.C.an seruus pro suo fact. l.1. C.de noxal. action.

ILLAT. II.

Seruum neque bona, neque successores habere posse.

SEcundò ex eodem Principio fit, vt seruus bona nulla habere possit *l. rectè Labeo* 13.*D.ex quib.caus.maior.l.paterfamilias* 182. *De verb.signific.* nec proinde successores *l.4.C.commun.de success.l.lex Cornelia* 28.*ad fin. vers.quia non efficitur D.de vulg.& pupill.subst.* Quomodo enim dominus esse possit is, qui ipse in alieno sit dominio? *l.sic eueniet* 21. *D.ad leg.Iul.de adult.* Nec tantùm si ius ciuile inspicias, ex quo seruus pro nullo habetur *l. quod attinet* 32. *De reg.iur.* neque caput vllum habere intelligitur *l.3.§.vlt. D. de capit.minut.* sed etiam si ius gentium, quia illo etiam iure implicat contradictionem vt cuiusquam rei dominus sit qui alterius est seruus. *§.item vobis 3.infr.per quas pers.cuique acquir.* In quo differt potissimum filiusfamilias à seruo. Etsi enim perinde filiusfamilias omnia patri acquirit in cuius similiter est potestate, tamen non ideo est incapax habendi bona, iure gentium, cùm eius incapacitas si qua sit, tota proficiscatur ex iure patriæ potestatis quæ ipsa est iuris ciuilis

De differentia filijfamilias & serui in acquirendo.

lis *Tit.De patr.potest.infr.*sicut & ipsum familiæ nomen,quod filium familias distinguit ab emancipato *l.pronunciatio* 195.*§.*1.*de verb.signif.* Vnde est quod emancipatus licèt sit filius, sibi tamen acquirit etiam à patre *l.* 2.C.*de inoff. donat.l.si emancipati* 9.C.*de collat.*Imò nec iure ciuili vsque adeò est incapax filiusfamilias vt non possit sibi acquirere nolente patre sibi acquiri, Vt probauimus *lib.*7. *Conject. ex l. cogi* 16.*§.si pater filio* D.*ad SC.Treb.l.is qui heres* 13.*§.vlt.* De *acq.her.*nec eo casu locum habet quod vulgo iactatur, Per filiũfamilias acquiri patri *d.§.itẽ vobis per quas pers.* Quo respexisse videtur Vlp. in *l placet* 79.*De acq.hered.* cùm ait quoties adquiritur per aliquem hereditas vel quid aliud,ei in cuius potestate est confestim acquiri,ita vt neque momento vno subsistat acquisitio in persona illius per quem acquiritur. *l.si à pluribus* 107.*§.*1.*De leg.*1.Non ait semper acquiri nobis per eos quos in potestate habemus, sed *quoties acquiritur* vt intelligamus, *non semper igitur acquiri.*Quare & iure ciuili capax est filiusfamilias peculij castrensis & quasi castrensis ex constitutionibus, quia quamuis non eo minùs maneat filiusfamilias (neq; enim militia liberat eum à patria potestate *§.filiusfamilias infr. quibus mod.ius patr potest.soluit.*) tamen in eo peculio pro patrefamilias habetur *l.* 2.*D.de SC.Maced.*Quemadmodum & hodie capax est peculij aduentitij ex Iustiniani cõstitutionibus solo vsufructu patri acquirendo *l.cùm oportet* 6.*& l.vlt.C.de bon.quæ libe.*At vt seruus vllo casu sit capax acquisitionis nulla vnquam ciuili constitutione factum est, nec fieri potuit,quia quod alieno non solùm iuri vt filiusfamilias sed etiam dominio subiectus sit, ex iure gentium est, non ex ciuili.Nec proinde mirum est quod vsucapere non possit *l.qui in seruitute* 118.*De reg.iur.*non solùm quòd cùm ipse possideatur, possidere nihil possit vt eadem lex ait: nulla autem sine possessione fit vsucapio *l.sine possessione* 25.*D.de vsucap.* sed etiam quia vsucapio nihil aliud est quàm adeptio aut vt alij legunt, adiectio dominij *l.*3.*eod.*Adde quòd nec aliam ob causam introducta est vsucapio quàm ne rerũ dominia semper sint in incerto *l.*1.*eod.* certum autẽ est seruum nec esse nec fieri dominum vllius rei vnquam posse.Itaque licèt vsucapio sit merè iuris ciuilis quod seruos nõ agnoscit,fatendum tamen est non minùs gentium quàm ciuili iure esse eam seruis interdictam *arg.l.ne cum filiofamilias* 16.*De furt.* de cuius sententia scripsimus ad Princip.*prox.illat.*14.Non dissimiliter puto dici posse seruum neque stipulando,neq; alio contractus genere posse quempiam siue ciuili siue gentium iure sibi obligare aut actionem acquirere, sed domino ex cuius persona duntaxat & stipulari & acquirere ei concessum est *Tit.* De *stipul. seruor. in princip. l.*1.*& tot.tit.D.eod.*Cùm enim omnes obligationes in id comparatæ sint vt vnusquisque sibi acquirat quod sua interest *l.stipulatio ista* 38.*§.alteri de verb.oblig.* quid potest interesse serui, qui bona nulla habere potest? Interest siquidem eius demum qui vel lucrum amittit, vel damnum sentit *l.si commissa* 13. *D.rat.rem haber.*Inde etiam est quod nec seruus Principis vicarium suum manumittere potest siue per se siue per interpositam personã *l.*2.*C. qui manum.non poss.l.nulla* 19.*D.qui & à quib.manu.non poss.*quia seruos dũtaxat nostros manumittere possumus nõ alienos.*l.si seruo* 20. *eod.cũ l.seqq.* Imò ne nostros quidẽ in id tẽpus,quo futuri sunt alieni *l.Stichus*39.*D.de manu.test.l.seruo.*9.*C.eod.* Etsi enim seruus ordinarius dicitur dominus sui vicarii quẽ scilicet in suo peculio habet *l.si seruus* D.*de pecul.*(quę erat dubitãdi ratio *ad d.l.*2.iũcto eo q̃ seruus Principis eo priuilegio dignior videbatur *arg.No. Leon.*38. quę dedit iitis testamentifactionẽ)id tamẽ minùs propriè dictum vi

l.placet 79. *De acq.her. hered.*

*l.*2.*D.ad SC.Maced. l.cùm oportet* 6. *& l.vlt.C.de bon. quæ liber.*

l.qui in seruitute 118. *De reg.iur*

Tit.de stipulat.seruor.

Seruus ordinarius, quodammodo dominus est vicarij sui, nec tamen potest eum manumittere, nec si sit vicarius Principis.

*l.*2.*C.qui manumitt. non poss.l. nulla* 19 *D. qui & à quib.manu.*

deri debet, Habito scilicet respectu ad id quod ipsum peculium serui etiam quasi patrimonium appellatur *l.hinc quæritur* 19.*§.1.versic. & Marcellus l.peculium & ex eo* 39. *eod.* Vt scilicet quod patrimonium esset hominis liberi id peculium serui dicatur, quomodo loquitur Paulus *in l. quoties* 47. *§.vlt.eod.* Est enim peculij nomen ciuile patrimonij naturale vt tractat Cuiac. 8.ad Africanum *in l.deposui* 38.*§.Stichus eod* nihílque aliud est peculium quàm pusilla pecunia præsidij causa seposita *l.si chorus* 79.*§.1.De legat.* 3. *l.* 5. *§.peculium D.de pecul.* Cæterum esse quem vicarium serui nihil aliud est in effectu quàm esse conseruum sed peculiarem, Et quod Martialis quodam loco scribit, *Esse sat est seruum, iam nolo vicarius esse*, non ita accipiendum est quasi vicarius sit magis seruus quàm ordinarius (seruorum enim hac parte nulla est differentia *l.5.De stat.hom.* licet eorum variæ sint functiones *l.sed si quid* 15.*§.1.* D. *de vsufr.l.vlt.§.vlt.De ædilit. edict.*) sed quia ordinarius habet administrationem vicarij vt & cæterarum rerum quas in suo peculio habet & ex quibus etiam domino donare potest *l.si liber* 9.*C.de cond.ob caus.dator.* Vnde Seneca *lib.7.de benefic.* Nunquid dubium est quin seruus cũ peculio domini sit? Dat tamen domino suo munus: verum ad communis domini non ad propriam suam vtilitatem, ideóque & nuda domini voluntate desinit esse peculium *l.non statim* 8.*l.peculium nascitur* 40.*in fin.D.de pecul.* Adeò autem seruus est in dominio sui domini, vt si seruus consentiente domino bona ipsius omnia pignori dederit, ipse quoque pignoris iure obligetur *l.Paulus respondit* 29.*§.vlt.*D.*de pignor.* quamuis dici soleat in generali sermone intelligi exceptam personam loquentis *l.si mercedem* 53. *§. vlt. De act empt.l.inquisitio* 18.*C.de solut.* Item vt quamuis sibi stipulari nequeat, si tamen communis seruus sit, seipsum stipulari alteri ex dominis possit, non vt se domino acquirat, cuius magis fieri seruus non potest, sed vt de se obligationem *l.2.D.de stipul.seruor.* Denique nec dominus ipse seruo suo quicquã legare potest sine libertate *l.seruus* 76.*in fin.de her.inst.* extra causam alimentorum quę scilicet ad naturam vitámq; pertinent *l.seruos* 17.*De alim.leg.* Cõniuentibus tamen oculis & de vrbanitate ijs præstari ab herede quæ dominus legauerit etiam sine libertate voluit Iustin.inuita iurisprudentia *in l.* 5. *§. illo videlicet C.de necess.ser.her.inst.* quemadmodum & eadem conniuentia facere eos testamenta dixit Plinius *lib.8.epist.16.*

Peculij nomen ciuile est, Patrimonij naturale.

l.Paulus respondit 29. §.vlt.D. de pignor.

l.2.D. de stipul. seruor.

l.5.§.illo videlicet C.de necess.ser. hered.insti.

ILLATIO III.

Neminem ex pacto posse fieri de libero seruum.

TErtiò ex eodẽ Principio fit vt nec volens quis ex libero possit fieri seruus *l.nec si volens* 6.*l.9.C.de liber.caus.* Serui enim nascuntur ratione certa, non confessione constituũtur inquit *l.parentes* 22.*l.liberos* 39.*eod.* Imò nec per pactũ *l. post certi* 36 *eod.* tanquã quod sit contra naturã. Nã si ea pacta nõ valent, quæ sunt contra leges aut contra bonos mores, quanto minùs valebunt ea quæ sunt contra naturam. Dices neque ex pacto inter seruum & dominum inito posse quem ex seruo fieri liberum *d.l.post certi.* Respondeo id fieri quia ex tali pacto inter dominum & eum qui iam seruus sit inito nullam obligationem nasci posse certum est, quæ sanè nasceretur inter liberos homines paciscentes de irroganda seruitute si non odium seruitutis obstaret.

l.nec si volens 6. & l. 9.C.de liber caus.l. parẽtes 22.l.liberos 39.l. post certi 36.eod.

obstaret. Pacti verò appellationem hîc generaliter accipio, vt etiam stipulationem & aliam quamlibet conuentionis speciem comprehendat, etiā trāsactionem de qua *in l.transactione matris* 26.*C.de transact.* Etsi enim loquitur lex illa de transactione per matrē non per filios ipsos facta, quo casu obstat transactioni illa etiam iuris regula quæ non patitur rem inter alios actam alijs nocere *l.1.& tot.tit.C.res int.alios act.* Non aliud tamen est si à filijs ipsis transactio facta proponatur *d.l.nec si volens.* Libertas enim in hominum cōmercio non est *l.1.§.si id quod dari D.de obligat.& action.* cùm sit res inæstimabilis *l.libertas inæstimabilis* 106.*De reg iur.* Nec quod placuit etiam liberi hominis venditionem inter ignorātes valere *l.4.l.liberi hominis* 70.*De contr.empt.ad rem facit.* Hactenus enim valere dicitur, non vt teneat, sed vt obligatio de euictione contrahatur *l.4.vers.respondit D.quib.ad libert proclam nō licet.* Non alia ratione, quàm quia difficile potest dignosci liber homo à seruo. *l.5.de contr.empt.* Quæ eadem ratio facit vt qui nesciens loca sacra vel religiosa, vel publica pro priuatis comparauit habeat actionem ex empto in id quod sua interfuit non decipi, quamuis emptio non teneat *l.qui officij* 62.*§.1.eod.* Nec est contrarium quod sæpius iam diximus, eum qui se passus est venundari ad participandum precium hoc ipso fieri seruum. Non enim propter venditionem ipsam fit seruus, sed ex potestate legis, & iuris ciuilis dolum ipsius hac pœna coercentis *d.l.4.quib.ad libert.procl.non lic.* ob idque iure ciuili dicitur seruus fieri *l 5.§.1.De stat.homin.* non autem ex iure gentium: quod vtiq; dicendum esset si seruus fieret per venditionem, quæ ipsa iuris gētium est *l.5.De iust.& iur.l.7.D.de pact.* Quare nec sufficit quod passus sit se vendi etiam dolo malo, nisi illud etiam concurrat quòd passus sit se venundari ad precium participandum, in quo dolus insignior versatur. Sicut è cōtrario dominus qui passus est dari sibi pecuniam à seruo pro libertate quam ei pacto promiserit, licèt obligari non posit ex pacto, hortandus tamen est à magistratu salua reuerentia placito stare, scilicet fauore libertatis vt ait *d.l.si liber.9.C.de cond.ob.caus.dat.* quod diuersum esset si pactum nudum, id est sine pecunia interuenisset *d.l.post certi* 36.*C.de liber.caus.* iunct.*l.cùm adfirmes* 8.*eod.*

l transactione matris 26.C de transact.

l.1 §.si id quod dari D. de oblig. & action.

l.4.l.liberi hominis 70 D.de contr. empt l.4.v. respondit D. quib. ad libert procl.a. non licet.

l.qui officij 62.§.1.D.de contr.empt.

l 5.§.1.D de stat.homin.

l si liber C. de condict. ob caus. dat.

ILLAT. IV.

Eum qui status controuersiam patitur interim pro libero haberi.

QVartò ex eodem Principio fit, vt pendente quæstione status & lite ordinata, is de cuius libertate quæritur in possessione libertatis constituatur & interim pro liberis habeatur *l.lite ordinata* 14.*C.de liber caus.l.ordinata* 24.*& l.seq.§.vlt.D.eod.l.1.C.qui dar.tutor.* Vnde tā celebris illa iniquitas Appij Claudij à Pōponio relata *in l.2.§.& cùm placuisset* 24.*De orig.iur.* quod vindicias quæ ex legibus duodecim tabularum pro libertate dici debuerant, cōtra libertatem dixisset. Nam cùm libertas sit naturalis, seruitus autem contra naturam, quis miretur præsumi pro libertate illius de cuius statu litigatur? Ideóque dicitur causa liberalis *Tot.tit.de liber.caus.D.& C.* id est de libertate non autem de seruitute. Quò eti āpertinet quod causa status vulgo appellatur *Tit.vbi caus.stat.agi debeat.* Statum enim non habet, qui pro seruo, sed is demum qui pro libero habetur *l.4.D.de capit.minut.* Sed tamen cum

l.lite ordinata 14.C.de liber.caus. l.ordinata 24.& l.seq. §.vlt.D.eod l.1.C.qui dar.tutor. l.2.§. & cùm placuisset 24.De orig.iur.

aliquo temperamento id accipiendum est. Quid enim si seruus quem possidebam pro libero se gerat vt fecit Spartacus, & iudicium liberale pati paratus sit? An eò minùs videbitur à me possideri, quòd se mihi præparet aduersarium? Minimè verò, sed ita demum si diu, id est saltem per biennium *arg. l.2.C.de omn.agro desert.li.*11.*ti.*58. steterit in possessione libertatis. Alioqui nihilominus in mea possessione est, & animo eũ possideo donec liber fuerit, pronunciatus *l.3.§.si seruus quem possidebam de acquir. poss.* ne proprius serui dolus quicquam iuris mihi auferat *l.vlt. C.de acquir. possess.l.ea qua* 21. *C. de lib.caus.* Vnusquisq; enim pendente lite in eo statu retinetur, in quo reperitur *l.moueor* 4.*C.si seruu.exp.ven.* Sanè domini forum sequi debet seruus qui proclamat in libertatem *l.*4.C.*vbi caus.stat.agi deb.* Secus si quis contra eum agat qui sit in possessione libertatis *l.3.eod.*

l.3.§.si seruus quem possidebam D.de acquir.poss l. ea qua 21. C. de liber. caus.l.moueor C.si seruus export. ven. l.3.& 4. C. vbi caus. stat.agit. deb.

ILLAT. V.

De omnibus generaliter quæ de iure dominorum in seruos, & de obseruantia seruorum erga dominos constituta sunt.

QVintò & generaliter ad hoc Principium referenda sunt omnia quæcunque in libris nostris scripta sunt tam de iure dominorũ in seruos, quàm è contrario de reuerentia & obseruantia seruorum erga dominos. Omnia enim pendent ex eo quòd seruus ex constitutione ista iuris gentium licèt cõtra naturam alieno iuri sit subiectus, Iuri inquam, id est dominio. Non enim potestas illa tanta dominorum in seruos aliunde proficiscitur quàm ex iure illo dominij, vnde & dominica appellatur, ad differentiam patriæ potestatis, quæ licet non à solo patris nomine, id est à sola natura proficiscatur, sed ex iure ciuili, vt diximus, tamen nascitur ex nomine *patrisfamilias*, quod est nomen ciuile, & cui opponitur tanquam correlatiuum nomen filijfamilias ad differentiam emancipati, qui licèt filius sit, tamen filiusfamilias quòd extra familiam sit dici non potest *l.in suis* 11. *De lib. & posth.*

HÆc quæ de seruis hucusque diximus, non solùm conducunt ad innumeras leges quæ de seruis loquuntur, intelligendas, tametsi à Christiana republica seruitutes omnes iam pridẽ explosæ sint, sed etiam ad dirimendas plerasque quæstiones quæ passim occurrunt circa id genus hominum qui talliabiles & manusmortuæ vulgo appellantur, quales in Gallia potissimum & Sabaudia sunt plerique. Vulgo enim pragmatici nostri eos seruis æquiparant, ijsque iura quæ de seruis loquuntur, si non omnia, omnino saltem ex maiori parte accommodant. Quod tamen an benè & accommodatè faciant, dicemus latiùs ad *Tit.de libertinis.Princip.2.illat.7.*

PRINCIPIVM IV.

De distinctione seruorum.

S*Erui omnes aut nascuntur, aut fiunt. Nascuntur ex ancillis nostris, Fiunt verò aut iure gentium, id est ex captiuitate, aut iure ciuili cùm liber homo maior annis*

*mis viginti ad precium participandum sese venundari passus est §.serui autem hoc tit.l.5.§.1.*vnde hic quoque locus sumptus est *D de stat. homin.* Est enim hæc summa diuisio seruorũ vt aut nascantur aut fiant. Nec seruorũ tãtũ,sed cæterarum etiã rerũ omniũ quotquotà Deo Opt.Max in cœlo vel subcœlo sunt. Quicquid enim ita est vt qualiter se habeat,quomodo loquitur Celsus *in l. quid aliud* 86.*De verb.signif.*id tale vel natũ vel factũ esse necesse est,Mediũ tertium, nihil. Neque pugnat quod proximo Principio diximus seruitutes omnes esse contra naturam. Id enim accipiendum est de constitutione illa iurisgentium, quæ seruitutes omnes introduxit.Cæterùm introductis iure gentium, seruitutibus licèt contra naturam, quia natura omnes homines liberos & æquales parit, nihil prohibet, quin etiam naturaliter seruus nascatur qui ex ancilla nascitur. Nec enim natura ipsa facere potest vt hic liber nascatur qui ancillam matrem habet, nisi in tribus illis casibus de quibus *in l. 1.§.1.D.de suis & legit.l.cùm inter* 14.*C.de fideic.libert.* Cúmque dicimus secũdum naturam homines omnes nasci liberos,ad id respicimus quod esset ex iure naturæ si seruitutes nunquam fuissent iure gentium introductæ. Non autem ad id quod nunc facere natura potest post introductas iure gentium seruitutes,vt & cùm dicimus restitui quem siue suis siue antiquis natalibus *l.* 2. *D.de natal.rest.l.*1.*&* 2.C.D*e iur.aur.annul.l.neque* 10.*l.non epistolis* 13.*C.de probat.l.libertina* 9.*C. de ingen. manum.* Nam & hodiè lex naturæ hæc est, vt qui nascitur sine legitimo matrimonio matrem sequatur *l.lex naturæ* 24.*De stat. hom.* Porrò nascitur sine legitimo matrimonio quisquis ex ancilla nascitur, quia cum ancilla matrimonium contrahere non magis liber homo quàm seruus potest *l.*3.*C.de incest.nupt.l.filius* 28.*§.si quis eo tempore de lib.& posth. Nouel.*22.*De nupt.cap.*8.*§.quod autem.* Adeò vt lege Papia caueri oportuerit vt omnibus ingenuis præter Senatores eorúmque liberos vxorem etiam libertinam habere liceret *l.lege Papia* 23.D.*de rit.nupt.* Sicut & illud rescribi necesse fuit,Si liber homo ancillæ alienæ contubernium sequatur, non idcirco fieri seruum domini mulieris, licèt ei fuerit denunciatum vt ab eiusmodi contubernio se abstineret *l.*3.*C.de liber.caus.* Matrimonium enim nisi inter liberos dici non potest , sed contubernium.*d.l.*3.*l.ancilla* 9.*C.commun. de success.*iunct.*l.*1.D.*vnd.vir & vxor.l.*3.C.*de necess.seru hered.instit.l.serui* 23. *cum l.seq.C.ad leg.Iul.de adult.* quod nomen adeò vile est vt etiã serpentum contubernia dixerit Constantinus *in l.vnic.*C.*de his qui parent.vel liber.occid.* Vnde & contubernales non tantùm qui ex eo contubernio nati sunt , sed & vxores seruæ *l.vxorem* 41.*§.codicillis & §.concubinæ de legat.*3.iunct.*l. quæsitum* 12.*§.vxores* 7.*&* *§.contubernales* 33.De *instruct.vel instrum.legat.* (licèt alio etiã sensu & contubernium & contubernales antiqui dixerint, Contubernium scilicet pro decem militibus sub vno papilione degentibus, & contubernales eos qui sic degerent *l.*5.*§.à barbaris De re milit. l.rem mihi* 21.§.1.vbi Gothofr. ex Festo, Scaligero, & Isidoro *D. commod*) Imò & matrimonium iustum inter liberos contractum subsecuta alterutrius coniugum captiuitate dissoluitur *d.§.quod autem Nouel.* 22.*l.in bello* 12.*§.sed captiui vxor D. de capt.& postlim.l.*1.*D.de diuort.* Inde igitur fit,vt quisquis nascitur ex ancilla quia nascitur sine legitimo matrimonio sequatur cõdicionẽ matris vel ex ipsa lege naturæ & consequenter nascatur seruus *d.l. lex naturæ* , alioqui se-

l.5.§.1.D. de stat. homin §. serui autem hoc tit.

l.1.§.1 D.de suis & legi. l. cùm inter 14.C. de fideic. libert.

l lex natura 24.D. de stat.homin.

l lege Papia 23.D. de ritu upt.
l.3.C.de liber. caus. l. ancilla 9.C. commun.de success.

Contubernij nomen vile.

l.in bello 12. §.sed captiui vxor D de capt. & postlim. l.1.D.de diuort.

l.cùmlegitimæ 19.D.de stat. homin. l.partum 7. C.de rei vindicat. l.5. D.de in ius vocand. l.1.§.vlt.D. ad munici.

quæreretur condicionem patris tanquam dignioris & nobilioris si ex legitimis nuptiis natus esset *l.cùm legitimæ* 19.*D.de stat.homin.*licèt cōtra putet Donellus & malè *lib.2.Comment.de iur.ciuil.ca.*10.vt & Bart.*ad seq.tit.in Instit.* Id enim est quod ait *l.partum 7.C.de rei vindic. Nec statum patris in hac specie considerari explorati iuris est.*Vt intelligamus extra hanc speciem,id est cùm legitimæ nuptiæ intercesserunt solius patris statum explorari, non solùm tāquam nobilioris,sed etiā quòd pater solus ille sit ex cuius persona dignitas & amplitudo familiæ conseruanda & æstimanda est.Si verò hoc ipsum quæras,Cur matrimonium interuenire necesse sit ad hoc vt filius condicionem matris sequatur, Altiùs petenda res est, & respondendum; quoniam qui extra matrimonium nascitur patrem nullum habet, ne quidem quem natura ipsa agnoscere & pro patre haberi velit,quomodo ergo fieri potest vt sequatur condicionem patris quem nullum habeat, Aut vt nullo patre existente non sequatur condicionem matris quæ semper certa est, tùm etiam cùm filius vulgo quæsitus fuit? *l.quia semper* 5.*D de in ius vocand.*iunct.*l.1.§.vlt.* D. *ad municip.* Cur verò nullum habet patrem? An fieri per rerum naturam potest, inquies, vt nascatur quisquam sine patre? Respondeo ita esse, quia pater ille tantùm & demum est quem nuptiæ demonstrant *d.l. quia semper*, & quidem iustæ id est iure ciuili comprobatæ *l.3.& 4.l.filium 6. De his qui sunt sui vel alien.iur.*Ergo nullis interuenientibus iustis nuptijs non potest esse pater qui filium etiam in contubernio aut in concubinatu susceperit.Dices rationem hanc esse iuris ciuilis potiùs quàm naturalis, quia vt inter seruos non possit contrahi iustum matrimonium ex iure ciuili est quod seruos pro nullis habet *l. quod attinet* 32. De *regul.iur.* non ex naturali quo inspecto omnes homines, vt dixi,& liberi & æquales sunt *l.4.De iustit.& iur.* Adeo vt nec leges nostras pudeat appellare vxores eas quæ sint in contubernio seruorum, & liberos illos qui ex tali contubernio nascuntur *l.vlt.* C *de seru.fugit.d.l.vxorem* 41.*§.codicillis de legat.3.d.l.quæsitum* 12.*§.vxores & §.contubernales de instruct.& instrum.legat.*Ideóque & pater naturalis dicitur qui filium concepit in seruitute, & liberi naturales vicissim qui in seruitute concepti sunt*l.Lucius* 88.*§.*D*ama & Pāphilo de legat.*2.De quibus etiam accipi debent cæteri omnes Pandectarum loci quotquot de patribus aut liberis naturalibus loquuntur vt *l.Lucius* 45. *de vulg.& pup.subst.l.ex facto* 17.*§.si quis rogatus* 1.D.*ad SC.Trebell.l.demique* 8.*de pignor.l.3.D.de liber.caus.*Respondeo naturaliter quidem non magis fieri posse vt quis nascatur sine patre quàm vt sine matre, sed tamen etiam ex lege naturæ illud esse vt qui natus est extra iustas nuptias non credatur habere patrem, quia quisnam ille pater sit, qui re vera aliquis est, neq; dici,neque sciri vllomodo potest,non magis quàm si nullus esset.Fit enim pater in ipso instanti vnico conceptionis,quod instās licèt naturaliter sit,quando tamen sit per ipsam quoque rerum naturā prorsus incertum est, sicut & illud incertum, ex cuius semine conceptus sit filius, Paria autem sunt non esse & non apparere *§.si aduersus* 12.*vers.nā nec hi patrem infr.de nup.l. Arescusa* 15.*vers.vt ordine D.de stat.hom.l.si eius*34.*D.ad SC.Trebel.l.sed & in illo* 18.*D.de reb.dub.*Nec ad rem pertinet quod in figura matrimonij conceptus sit filius & ex eo patre qui si matrimonium contractum esset, certus haberetur,vt puta si mulier ignorans statum mariti ei nupserit vt libero qui re vera erat seruus,vt *in l.3.C.solut.mat.l.ex libera* 6.C.*de suis*

Parentes & liberi naturales qui dicantur.

§.si aduersus infr.de nupt. l.3.C.so'ut. matr.l.ex libera 6.C. de suis & legit.

ſuis & legit. Non enim eo minùs incerto patre natus intelligitur, vt hæ ipſæ leges probant: quia pater ſine matrimonio certus nullus eſſe poteſt quamuis non ideo dicendus ſit vulgo quæſitus. Aliud enim eſt eſſe ſpuriũ, aliud vulgò quæſitum, niſi quod ad patriam poteſtatem *§. ſi aduerſus infr. De nupt.* In quo errauit Donellus *lib. 2. Comment. De iur. ciuil. ca.* 10. Omnes vulgo quæſiti ſunt ſpurij, ſed non omnes ſpurij ſunt vulgò quæſiti. Vnde fit vt filius à patre heres inſtitutus ſub ea condicione, Si ſe teſtatoris filiũ eſſe probauerit, ſub impoſsibili cõdicione ſcriptus eſſe intelligatur *l. Lucius Titius* 83. *De cõd. & demonſtr.* Impoſsibili inquam, non iure ciuili ſecundum quod ſufficit probare nuptias quæ patrem demonſtrent, ſed per naturam, quæ ſcilicet filiationis probationes nullas ſuppeditare poteſt, ſi reiiciatur illa quam ex nuptijs ius ciuile inducit, & quæ præſumptio iuris & de iure vt loquuntur potiùs quàm probatio dicenda eſt. Reijcit autem eam præſumptionem pater & naturalem filiationis probationem exigit, qui filiam à ſe ex iuſtis nuptiis ſuſceptum heredem ſcribit ſub ea condicione, ſi filium ſe probabit. Ea verò naturalis probatio, vt dixi prorſus impoſsibilis eſt. Mirum igitur videri non debet ſi ex ipſa lege naturę filius extra iuſtum matrimonium conceptus matris condicionem ſequatur *d. l. lex naturæ D. de ſtat. homin.* E contrario filius conceptus in iuſto matrimonio licèt ex muliere adultera dicitur filius mariti *l. miles* 11. *§. defuncto* 8. D. *ad leg. Iul. de adult.* quia non poteſt eſſe ſine patre, qui patrem ex iuſtis nuptiis demonſtrare poteſt, Niſi in caſibus de quibus *in d. l. filium* 6. *De his qui ſunt ſui vel alien. iur.* Cuius tamẽ non ille ſenſus eſt, vt qui abſente marito conceptus, & natus eſt, adulteri filius dici poſsit, ſed ille potiùs, vt non ſit filius mariti quomodo lex loquitur. Quid ergo? Nullum patrẽ habebit qui eum habere non poterit quem nuptiæ demonſtrant. Eóque pertinet quod Iauolenus ait *in l. vlt. D. de iur. deliber.* filium libertinum, id eſt in ſeruitute conceptum verum filium non eſſe, ideóque nec ſemper filij appellatione contineri. Item quod Iuſtinianus ſcribit *in princip. Nou.* 89. *quib. mod. natur. effic. ſui*, naturalium nomen ante Conſtantini tempora legibus noſtris fuiſſe incognitum, habitóſque fuiſſe naturales pro alienigenis & peregrinis. Nam qui ſunt ἀπάτορες quales ij qui extra matrimonium concepti ſunt *d. §. ſi aduerſus de nup.* eos quoque ἀπόλιδες eſſe neceſſe eſt. Quomodo enim ciuitatem habere poteſt qui non habet patrem? (quamquam interdum id fieri poſſe conſtat ex ſpecie *l. Diui* 25. *D. de capt. & poſtlim. l.* 1. *C. eod.* id eſt cùm filius apud hoſtes conceptus & editus redit in ciuitatem cum ſola matre defuncto iam apud hoſtes patre. Id enim fit in neceſſariam conſequentiã poſtliminij matris, quæ non aliter plenum ius habere videretur ſi non liberos ſuos cùm ſeipſa reciperet, vt ait *d. l.* 1. Aut ciuis eſſe qui non ſit homo, aut homo dici qui ſit ſine patre? Igitur nec teſtamenti factionem ſiue actiuam, ſiue paſsiuam habere poteſt, quia lex duodecim tabularum, quæ vtramque induxit, itémque lex Falcidia, quæ liberam illam teſtandi facultatem legibus Furia & Voconia coarctatam reſtituit, de ſolis ciuibus romanis locuta eſt *l.* 1. *D. ad leg. Falcid. l. verbis legis* 120. *De verb. ſignific.* non etiam de peregrinis, quod idcirco conſtat neque teſtamentum facere, neque ex teſtamento capere poſſe *l.* 1. *§. hi quibus & §. à præfectis de legat.* 1. *l.* 1. *C. de hered. inſt.* Vnde etiã eſt quod nec agnatos vllos habent quoniam agnatio nomen iuris eſt *l. tutelas* 7. *de capit. minut.* & agnati ij ſunt qui per patrem coniunguntur *l.* 2. *§. agnati*

l. Lucius Titius 83. *De condic. & demonſtr.*

l. miles 11. *§. defuncto* 8. *D. ad leg. Iul. de adulter.*

l. filium 6. *D. de his qui ſunt ſui vel alien. iur.*

l. vlt. D. de iur. delib.

De suis & legit. at neque cognatos nisi impropriè & per extensionem *l. vlt. in fin. C. de natur. lib.* quamuis nomẽ cognationis sit naturale *l. 1. vnd. cognat.* Nec proinde auum paternum habere possunt, quia qui sine patre est, is vt sit etiã sine auo paterno necesse est cùm auus nepoti non nisi per mediampatris per sonam coniungatur *l. pen. de agnosc. lib. l. dotem* 6. *De collat. bon.* Vnde & aui quoque respectu dicũtur degeneres, huiusmodi nepotes, non tantùm qui ipsi extra matrimonium suscepti sunt, sed etiam siue sint naturales & illegitimi ex filio illegitimo siue illegitimi ex legitimo, siue denique quod magis mirum est legitimi ex illegitimo *d. l. vlt. C. de natur. lib.* quæ de omnibus his tribus nepotum generibus apertè loquitur. Quid? inquies, An non, pluribus Pandectarum locis mentio fit & parentum, & liberorum naturalium ex responsis prudentum qui ante Constantini tempora floruerunt? Ita sanè est *d. l. Lucius* 45. *De vulg. & pup. subst. d. l. ex facto* 17. *§. si quis rogatus ad Trebell. l. naturali* 7. D. *de confirm. tutor. l. vxorem* 41. *§. pater naturalis de legat.* 3. *l. omnes* 17. *§. Lucius quæ infr. credit.* Neque hinc se potuit euoluere Gabr. Palæotus Cardinalis elegãtissimus in suo illo tractatu celebri De nothis & spurijs, nec eius præceptor Andr. Alciatus ab eo non malè in hac quæstione reprehensus. Sed iã monuimus locos supradictos & alios si qui sunt similes, de ijs demum liberis naturalibus intelligendos esse qui concepti sunt in seruitute ex *dict. l. Lucius* 88. *§. Dama & Pamphilo De legat.* 2. non etiam de ijs qui vel ex concubinatu nati sint, vel ex alia qualibet illicita coniunctione. Quòd si pergas quærere cur illi potiùs quàm hi naturales dici debuerint, respondebo nõ fuisse dictos liberos naturales durante seruitute in qua concepti essent, sed ita demum si cum patre manumissi essent, & ex eo quoque tempore dictũ patrem naturalem eum qui ante manumissionem pater dici nullomodo potuisset, ne quidem naturalis. Nam qui non habetur interim pro patre, tantisper nec naturalis dici potest, & perinde liberi eius dicuntur, ἀπάτορες & incerto patre *d. l.* 3. *C. sol. matr. d. l.* 6. *C. de suis & legit.* vbi sanè dictio illa *naturalis* irreptitia est ob idq; meritò parenthesi circumscripta. Proponebatur enim solus pater eo loco manumissus. Post manumissionem verò hoc nomen *naturalium* ijs indultum fuisse quòd essent fauorabiles, quippe quibus imputari non posset quod matrimonium nullum contractum esset, quod nec inter volentes contrahi potuisset obstante propter seruitutem ipsa iuris prohibitione. Itaque cùm id fecerint quod vnum reliquum in ipsorum potestate erat vt inirent contubernium, quæ veluti figura & imago quædam matrimonij est, in eóque contubernio inuiolata fide perstiterint, & ex eo liberos susceperint, æquum est ijs fauere leges *arg. l. quæret aliquis* 135. *De verb. signific.* non vt fiant naturales parentes aut liberi durante seruitute, nec rursum legitimi post manumissionem (neutrum enim facere lex posset quin sibi ipsi quodammodo vim inferret) sed hactenus saltem vt ex manumissionis die *naturalium* nomẽ mereantur, cùm negari non possit quin cogniti sint à natura quæ communis est *l. hos accusare* 12. *§. omnibus* D. *de accusat.* At in alijs personis id est liberis quæ matrimonium iustum & secundum leges contrahere potuissent si voluissent, non idem probari debuit, quia planè indigni sunt legum beneficio qui non iustam coniunctionem matrimonio prætulerunt, licèt concubinatus iam olim toleratus fuerit magis quàm prohibitus autpermissus, Nihil enim antiquius fuit ciuili legislatori quàm id agere quantùm potuit

l. vlt. C. de natur. liber.

l. 6. C. de suis & legit.

potuit vt ciues suos inuitaret ad iustas nuptias contrahendas replendámque iustis liberis ciuitatem *l.1.D.solut.matr.l.hoc modo 64.§.1.De condic.& demõst.l.nec ei 17.§.& primùm quidem D.de adopt.* Ideóque coercenda fuit nimia illa hominum ad illicitas iniustásque cõiunctiones ineundas propensio, in eo saltem vt ex eiusmodi coniunctionibus neque liberos iustos & legitimos neque naturales sperare possent, tantóque magis ad iustas nuptias contrahendas inuitarentur. Sed de tota hac quæstione latiùs *ad Princip. 2. infr. De nupt.* Hæc tractasse sufficiat vt quiuis intelligat, Cur serui nasci dicantur, qui ex ancillis non qui ex seruis nostris nati sunt, Nimirum vt vno verbo concludamus quia matrem habent, patrem non habent, neque à lege, neque à natura scilicet qui sit certus, Habẽt enim aliquem à natura sed incertum, qui proinde nullus vnquam apparere potest. Denique matris nomen est naturale, patris vero ciuile videtur, quandoquidem non nisi per iustas ciuilésque vt ita dicam nuptias acquiritur. Vsque adeò autem serui nostri sunt qui ex ancillis nostris nascuntur, & adeò matris condicionem sequuntur, vt quemadmodum libera quæ ad precium participandum se venundari passa est ad libertatem proclamare nunquam potest, ita nec qui ex ea natus est tempore seruitutis eius *l.3.D.quib.ad lib.proclam.non licet.* Est enim seruus noster eodem genere seruitutis scilicet non simplicis, sed eius quæ perpetua esse debeat, vt loquitur & distinguit *l.1.C. qui non poss.ad libert.peruen.*

l.1. D.solut. matr. l. hoc modo 64. §. 1. D. de condic. & demonstr. l. nec ei 17. §. & primùm quidem D. de adopt.

l.3. D. quib. ad libert. proclam. nõ licet. l.1. C. eod.

De seruis qui tales fiunt ex iure gentium vel ciuili.

Fiunt verò iure gentium serui qui fiunt per captiuitatem, quia vt in superioribus diximus introducta iure gentium distinctione dominiorum ad conseruãdam humanam inter homines societatem, continuò secuta sunt bella, ex bellis captiuitates, ex captiuitatibus seruitutes, ex seruitutibus denique manumissiones *l.4.& 5.D.de instit.& iur.* Sed & iure ciuili seruus fit quisquis maior annis viginti patitur se venundari ad precium participandum: Non quod eo minùs verum sit generaliter & indistinctè seruitutes omnes esse iuris gentium, sed vt distinguantur modi per quos seruus quis fieri potest. Hic enim posterior modus iuris est, non gentium sed ciuilis, Vt explicauimus *ad Princip.1.versic.concludamus in fin.& ad Princip. prox. illat.3.ad fin.*

ILLATIO I.

De talliabilibus nostri temporis. Et de adscriptitijs.

Ex hoc Principio fit vt talliabiles quos vocant, de quibus diximus ad finem superioris Principij & dicemus latiùs tit. seq. serui dici non possint, quia nec nascuntur nec fiunt. Idẽ de adscriptitijs tradit Bart. ad *l.3. De stat. homin. ex §. adscriptitios Nouell. de sanctiss. episc.* Idẽ de Monachis & Canonicis regularibus, (Quãquã de adscriptitijs cõtra sentit Donel. *lib.2. Cõment. De iur. ciuil. c.9. ad fin.* Et meliùs vt puto.) Valet enim argumentum huiusmodi à sufficienti partium enumeratione, quoties summa diuisio fit generis generalissimi in suas omnes partes & species *vulg. §. actionum infr. De action.* Non nascuntur talliabiles quia neque ex ancillis nascuntur, neque matris condicionem sequuntur, sed patris, Nempe quoniam inter huiusmodi per-

ſonas ſicut & inter cæteros ciues iuſtum matrimonium contrahi poteſt, cùm neq; lege neq;conſuetudine vlla prohibitũ reperiatur,ideóq;patris tãquã dignioris cõdicionẽ ſequũtur,ita vt natus ex fœmina talliabili,& ex patre ingenuo ſit verè ingenuus,quãuis natus ex patre talliabili & ex ancilla puta Iudea vel Mahumetana quæ in bello capta ſit,nõ eſſet liber ſed plus quàm talliabilis,id eſt ſeruus,quia cum Iudea vel Mahumetana matrimoniũ ſubſiſtere noſtra religio non patitur. Sicut & filius eam ciuitatem ſequi ſolet in qua pater domicilium habuit, nõ eam in qua mater *l.adſumptio 6.§.filius* D.*ad municip.* Niſi fortè priuilegio aliquo materna origo cenſeatur vt ait Vlp. *in l.1. §.qui ex duobus* D.*eod.* Qui etiam ſenſus eſt *d.l.lex naturæ 24.de ſtat.homin.* in illis verbis *niſi lex ſpecialis aliud inducit.* Continent enim exceptionem non ad proxima illa *matrem ſequatur*,ſed ad ſenſum tacitum,à contrario reſultantem ex illis præcedentibus *ſine legitimo matrimonio.*

L. adſũptio 6.§.24.filius D. ad municip. L.lex naturæ 24. D. de ſtat. homin.

ILLATIO II.

De iis qui capti ſunt à piratis & latronibus.

SEcundò ex eodem Principio fit vt non poſſint dici facti ſerui qui à piratis aut latronibus capti ſunt,imò verò liberi permaneãt *l.poſtliminium 19. §.à piratis l.latrones 27.D.de cap.& poſtlim.* nec enim ſunt propriè captiui ſed illi tantùm qui capti ſunt ab hoſtibus populi romani, id eſt ab iis quibus bellum publicè populus romanus indixit & decreuit *l. hoſtes ſunt 24.eod.l. hoſtes 118.De verb. ſignific.* Captiuitatem enim aliam non intelligimus quàm quæ iure gentium introducta eſt ex bellis ad tuendam humanam ſocietatẽ neceſſariis,quia nec bellũ vllũ iuſtum aut pium eſt niſi quod neceſſarium. Quid verò cùm humana ſocietate tuenda commune habent latrones aut piratæ qui quantùm poſſunt id agunt vt eam diſſoluant ? Denique captiuitas quę habet manifeſtam iniuriam non poteſt ex iure vllo eſſe,nec proinde parere ſeruitutem quæ ſit iuris gentium. Quamquam indicto bello non quærimus iuſténe an iniuſtè indictũ fuerit, quia tum etiam cùm iniuſtè indicitur, aliquam tamen rationem habet publicæ vtilitatis eius populi qui ex ſperata victoria maiorem ſibi pacem & felicitatem pollicetur, quod ſufficit vt iure gentium geri bellum videatur. Alioqui nulla bella eſſent ex iure gentium,neque captiuitates niſi ex ea parte,quæ iuſtam haberet bellãdi cauſam. Cum tamen hoc ipſum plerumque incertum ſit, nec niſi ex belli exitu,quamquam nec hoc ſatis tutò, iudicandum, Ob idque Deum Opt. Max.dominũ exercituum appellamus,quòd eius ſolius ſit huiuſmodi quęſtiones dirimere,nec tamen ſemper data ei victoria qui iuſtiùs induit arma, ſed plerumque occulto quidem at ſemper iuſtiſſimo iudicio denegata, Iure dato ſceleri vt Lucanus dicebat. Simile eſt quod Vlpian. ſcribit in *l.ſi quis ingenuam 21.§.1.De captiu.& poſtlim.* In ciuilibus diſſenſionibus, quamuis per eas ſanè reſpublica lædatur, quia tamen in reipublicæ exitium non contenditur , eos qui in alterutras partes diſcedunt hoſtium loco habendos non eſſe. Eorum ſcilicet inter quos iura captiuitatum & poſtliminiorum fuerint , Et ideò captos adeóque venundatos, poſteáque manumiſſos placuit ſuperuacuò repetere à Principe ingenuitatem , quam nulla captiuitate amiſerant. Quis enim bellorum exemplo dicat ciuiles diſſenſiones eſſe ex iure gentium , aut ad tuendam humanam inter gentes ſocietatem pertine-

L. poſtliminium 10. §.à piratis L. latrones 27.C. de captiu. & poſtlim. L.hoſtes sũt 24.eod.l. hoſtes 118. de ver. ſignific.

L.ſi quis ingenuam 21. §.1.D.de captiu. & poſtlim.

pertinere? Dices, Imò prorſus contrariam eſſe rationem illam qua Vlpianus vtitur *quia non in exitium reipublicæ*, inquit, *contenditur*, Ita ſignificans futurum vt captiuitas ex ciuili diſſenſione ſecuta eſſet ex iure gentium ſi in ciuilibus diſſenſionibus in exitium reipubl. contenderetur. Quaſi verò ad tuendam humanam illam ſocietatem magis ſpectet, vt in reipubl. exitium contendatur. Reſpondeo ſic accipiendam hanc rationem vt quoties in exitium alicuius reipublicæ bello contenditur bellum illud ex iure gentium eſſe intelligatur, quia gentibus omnibus commune illud eſt, vt vnaquæque reſpublica eam à qua exitium ſibi timeat extinctam velit, eique priùs exitio eſſe ſi poſſit, vt ſeipſam tanto ſecuriùs tueatur, licèt ita fiat vt inter eos populos qui bellum gerunt humana etiam ſocietas lædatur. Inſpiciendum enim eſt quod gentibus omnibus commune & vtile non quòd huic aut illi populo inutile eſt, Ea porrò belli ineundi ratione & intentione, tùm etiam cùm habet iniuriam, mouentur tanto magis cæteræ gentes, vt belli metu ad pacis communiſque concordiæ felicitatem artes ſuas & cogitationes omnes conferant: Cum quo nihil commune habent ciuiles diſſenſiones, vel ob hoc ipſum, quod in iis, vt Vlpianus ait, in exitium reipub. non contenditur.

ILLATIO III.

De illo qui ſe vendi paſſus eſt ad precium participandum.

TErtiò ex eodem Principio fit vt quemadmodum idem Vlp. ſcribit *in l. 1. D. de manumiſſ.* Eum qui Cal. Ian. natus poſt ſextam noctis horam pridie Calendas, quaſi annum viceſimum compleuerit poſſe manumittere. Nõ enim, inquit, maiori viginti annis permittit lex manumittere, ſed minorem manumittere vetat: Iam autem minor non eſt qui ſupremum diem agit anni viceſimi. (Dies enim more romano incipit à media nocte *l. more romano 8. D. de feriis*) ita è contrario non fiat ſeruus qui paſſus eſt ſe venundari ſupremo die anni viceſimi, quia hic maior non eſt, licèt nec minor ſit, niſi maior factus precium partitus ſit *l. 1. §. 1. quib. ad libert. proclam. non lic. l. liberis 7. §. 1.* D. *de liber. cauſ.* Obſeruandum autem eſt hunc vnũ eſſe modum quo iure ciuili ſeruus quis fiat, ſi quis maior annis viginti paſſus ſit ſe venundari dolo malo ad precium participandum. Itaque ſiue minor annis viginti licet ſupremum diem agens anni viceſimi, vt proximè diximus paſſus ſit ſe venũdari etiam ad precium participandum, ſiue maior quoque annis viginti dolo quidem malo & decipiendi bonæ fidei emptoris animo, ſed non participandi precij cauſa, non fiet ſeruus, neque iure gẽtium, neque iure ciuili, quia lex non niſi de maiore locuta eſt, nec niſi de eo qui dolum fecerit vt preciũ participaret. Nec rurſus ſi patiatur licèt dolo malo ſe venundari ad participandum precium, ſcienti liberum vẽditori *l. ſcientis 6. C. de ingen manum. l. liberi 70. De contr. empt.* & apertiùs *in l. 4. verſ. non enim de eo* D. *quib. ad libert. proclam. non licet. l. qui ſciens 33.* D. *de liber. cauſ.* Non enim decipitur qui ſcit, licèt in aduerſario fuerit animus decipiendi *l. nam ſi actor 26. D. de rei vindic. l. 1. in fi. D. de action. l. 16. §. 2. de libert. cauſ. empt.* Quid ſi duo emerint, vnus ſciẽs alius ignorans? Erit ſeruus in ſolidum ſolius ignorantis *l. vlt. D. quib. ad libert. proclam. non licet.* Quid autem ſi dolus quidem interuenerit homini liberi patientis ſe vendi vt ſeruum, ſed ita tamen vt non eo minus poſſit ad libertatem proclamare, fortè quia precium non participauit, aut non fuit

minor annis viginti? Prætor dat in eum actionem in factum in subsidiū iuris ciuilis quo huiusmodi dolus non vindicabatur nec tantùm emptori, sed etiā eius successorib. *l. rectißimè* 14. *l. non solus* 22. *De liber. caus. l. quidā* 10. *§. vlt. De fideic. libert.* Dicat aliquis, esse etiā aliū modū quo quis fiat seruus iure ciuili, Nēpe si liber homo captus ab hostibus posteà commercio redemptus sit à ciue romano. Manere enim videtur seruus redimētis quousq; preciū à redimente datum ipse reddiderit *l. 2. l. si liberum* 11. *& seqq. l. commercio* 16. *& seq. C. de postlim. reuers. & redempt. ab hostib.* idque ex constitutione de qua *in l. in bello* 12. *§. si quis seruum D. eod.* Sed respondeo primùm, Aliud esse, seruum quem fieri, Aliud manere. Non fit seruus qui redimitur ab hostibus, etiamsi velit quis admittere eum seruum remanere, quod multò facilius est. Tritum nāq; est multa durare facta quæ fieri prohibētur *l. patre furioso* 8. *De his qui sunt sui vel alie. iur.* Quòd si remaneret seruus nō tā redimētis si subtiliter rē æstimare volumus, quàm hostium seruus dici deberet, quasi nondum plenè redemptus ab hostibus quandiu redemptionis precium ille ipse non persoluit. Sed tamen neque redimētis neque hostium seruus dici potest. Id enim est quod ait *d. l. 2.* ab hostibus redemptos quoad exsoluatur precium magis in causam pignoris constitui, quàm in seruilem condicionem detrusos videri *l. 20. §. 1. D. qui test. fac. poss.* In causa, inquam, pignoris naturalis vt eadem lex ait quia non ex conuentione vlla descendit, sed ex naturali ratione & æquitate, vt & *in l. Iulianus* 13. *§. offerri* D. *de act. empt.* Nec enim esset æquū antè precij pro libertate hostibus dati restitutionē vindicare se in plenā libertatē eum qui ab hostibus redemptus fuerit, & redimentis beneficio assecutus vt libertatem quæ alioqui res inæstimabilis est certo precio recipere possit *l. si pater* 34. *§. 1.* D. *de donat.* iun. *l. libertas* 106. *De regul. iur.* Cur verò pignoris iure retinetur? An forte liberi hominis oppigneratio minùs quàm venditio prohibita est? Minimè verò, liberi enim hominis commercium nullum est *l. 1. §. si id quod dari* D. *de oblig. & act. l. liberi* 70. D. *de contr. empt.* iunct. *l. sed & quod* 9. §. 1. *De pignor. l. 1. §. eam rem D. quæ res pignor.* Sed ideo pignus valet, nō quia seruus ille maneat, sed quia publicè interfuit ita ius constitui, vt inuitarentur ditiores ad captiuos liberandos quemadmodum dicemus cùm de postliminij fictione tractabimus ad *tit. quib. mod. ius patr. potest. soluit. Princip.* 8. Cæterùm nullomodo esse illum seruum redimentis ex eo quoque apparet, quòd reddita pecunia sublatóq; vinculo pignoris non libertus efficitur eius qui redemerat, sed ingenuitati quam amiserat restituitur postliminij iure, ita vt neque redemptori, neque illius filijs obsequium vllum debeat *d. l. si liberum* 11. C. *de postlim. reuers.* Sicut & si anteà domini alterius seruus fuisset, eidē postliminij iure restituendus esset *d. l. in bello* 12. *§. si quis seruum*, nisi medio tēpore manumissus fuisset *§. manumittendo ead. leg.* Item ex eo quod redempta libera redemptori suo nubere potest *d. l. 2. l. si is qui* 13. *eod.* Item ex eo quòd is qui liber cōstitutus captus ab hostibus cōmercio redimitur, etiā priusquam restituatur data pro eo pecunia, successionis iura sibi vindicare fauore ingenuitatis potest vt ex ea possit precium pro se datum exsoluere *l. is qui liber* 15. *eod.* Ex eo rursum quòd cōmercio redēptæ fœminæ filios suos licèt ex seruo susceptos medio tempore origini ingenuitatis matris reddi conuenit *d. l. commercio* 16. *eod.* Item ex eo quod qui ab hostibus redemptus est legari sibi ipsi potest, vt proficiat legatum non ad causam libertatis, sed ad liberationē vinculi pignoris quod in eo habuit qui redemit *l. Senatus* 43. *§. vlt. de legat.* 1. Sed omnium elegantissimè hoc ipsum probatur ex eo quod Vlp. scribit *in l. si patre*

De captiuo ab hostibus redempto.

l. 2. C. de captiu. & postlim.

l. in bello 12. *§. si quis seruum & §. manumittendo D. eod. tit. De captiu. & postlim.*

l. si is qui 13. *C. eod.*

l. Senatus 43. *§. vlt. de legat.* 1.

l. si patre 15. *D. de captiu. & postlim.*

si patre 15. *De capt. & postlim.* Si pater redemptus ante luitionem defunctus sit posse filium ei suũ heredẽ existere, Non solùm si post mortem patris offerat redemptionis quantitatem, quam vtique constat non tantùm à redempto ipso, sed etiam ab alio quolibet offerri posse *l. cùm & postliminij* 6. C. *eod.* sed etiamsi nihil offerat, quia subtiliùs inquit dici potest, hunc patrem dum moritur, quasi iure pignoris finito nactum postliminium, & sine obligatione debiti obijsse vt potuerit suum heredem habere. Cur verò finitur ius pignoris? An quia interitu rei obligatæ id est perempta re obligata finiatur obligatio pignoris, sicut & alia quælibet? *l. is qui* 45. *de oblig. & act. l. si ex legati* 23. *De verb. oblig.* Minimè. Sic enim fieret vt in ipso quoque instanti mortis pignus duraret, quia non nisi per secutam mortem finitur obligatio, lex autem ait patrem hunc ante mortem & in ipso instanti mortis nactum fuisse ius postliminij. Siquidem constat quandiu res pignorata durat, etiam durare hypothecam si pecunia soluta non sit *l. si rem* 9. §. *omnis* D. *de pign. act. l. grege* 13. §. *etiam D. de pignor.* Ratio igitur propter quam viuo adhuc eo qui redemptus est, ius pignoris finitum intelligitur illa est, quia cùm pignus hoc non conuentionale sit, sed naturale, non potest fieri vt ex ratione naturali duret nisi quandiu lui potest, quæ & pignoris cuiuslibet natura ac condicio est *Tot. tit. de luit. pignor. C.* Luiti autem illa non potest fieri in instanti cùm factum hominis requirat, nihil autem sit quod fieri naturaliter possit in instanti, Natura enim vt philosophi dicunt operatur in tempore *l. vlt.* vbi est text. in hâc rẽ elegans D. *de condic. instit.* Qua ratione nec in pignore conuentionali negarem idem admittendum esse, vt scilicet serui obligati pignus finiretur ipso instanti mortis serui, nisi illud obstaret quod cùm obligatio est ex conuentione fieri nequit vt non duret pignus quandiu & conuentio obligationis durat & ipsa res obligata, tametsi eo mortis instanti incipiat fieri inutile, quia nec lui amplius nec distrahi potest. Aliud siquidem est finiri pignus, aliud inutile fieri quod aliquando valuit. Aliud inquam in pignore conuentionali, sed non in naturali, id est quod non aliam habeat causam quàm rationem & æquitatem naturalem, id duntaxat curantem vt cautum sit creditori. Ex quo enim incipit desinere cautum esse, fierique pignus inutile necesse est finiri illud, quippe quod non nisi ob eam vtilitatem percipiendam fuerat introductum. Nec obstat quòd oblatio solutionis possit fieri in instanti adeò vt etiam dationis vice cedat quoties agitur de implenda tantùm condicione *d. l. vlt. De condic. inst. l. Arescusa* 15. *in fin. de stat. homin.* iam autem dixerimus posse hominem ab hostibus redemptum lui oblata per alium quẽlibet pecunia *d. l.* 6. *C. de postlim.* Non enim consequens est vt possit ea luitio fieri vltimo instanti vitæ hominis pignorati, quia sola oblatio non sufficit nisi & numeratio fiat aut saltem obsignatio recusante creditore, vt solutionis vim habere possit oblatio *dict. l.* 6. iunct. *l. acceptam* 19 *C. de vsur.* quæ tamen omnia in instanti fieri non possunt, Nisi penas aliquo ante mortem tempore inchoata fuisse, vt extremo vitæ momento perficiantur (quomodo sanè fieri ponendum est quoties dicimus dandæ pecuniæ condicionem vnico momento impleri posse, alioquin constat nec nudam oblationem vno momento inchoari & perfici posse)

l. cùm & postliminij 6. C. eod.

l. vlt. D. de condic. inst.

Sed vt nos eum casum tractamus, quo luitio neque facta neque inchoata sit viuo eo qui redẽptus fuit, vt proinde verum sit dicere eũ quo instanti moritur, neque redemptum esse, neq; redimi amplius posse, *Vt & in l. Gallus 29. l. videndum in fin. De deliber. & posth.* Præsertim quia nec luitio pignoris fieri potest à quocunque volente pecuniam offerre nomine debitoris, sed ab eo demum qui sit possessor pignoris, quamuis sufficiat qualemqualem possessorem esse *l. Paulus 16. in fin. quibus mod. pign. vel hypoth solu it.* Atqui hominis redempti cùm re vera liber sit non alius possessor esse potest, quàm redemptor eiúsve heres. Ergo non alius quàm redemptus ipse luere seipsum potest, licèt in eam rem pecuniam ab alio accipere possit, per quem etiam numeretur, qui sensus est *d. l. 6.* Et consequenter absolutè ac verè dici potest luitionem hanc per quam ius postliminij nanciscatur non posse fieri vltimo vitę instanti, cùm per alium fieri non possit. Nam vt admittamus condicionem illam *si decem Titio dederit* etiam vltimo vitæ instanti impleri posse, illud tantùm facit quod per alium quoque impleri potest *d. l. vlt. dict. l. Arescusa in fin.* Proinde pignus quod in redempto homine libero constitutio induxit, in ipso instanti mortis, id est viuo eo finiri necesse est, atque ita eodem instanti succedere legis potestatem quæ postliminij fictionem inducit. Lex enim operatur in instanti, non vt natura in tempore. Vtcunq; sit probat optimè responsum illud Vlpiani *in d. l. si patre*, liberum hominem ab hostibus redemptum non esse verè seruum sui redemptoris, sed pignoris tantùm nexu & vinculo obligatum, quoniam alioqui postliminium nancisci in ipso mortis suæ instanti non posset cùm nemo ex seruo fiat liber moriendo. Adeò vt & inutilis sit libertas quę in vltimum vitæ momentum confertur *l. libertas 17. in princ. l. vlt. D. de manu. testam.* cùm absurdum sit eo instanti incipere hominem fieri liberum quo desinit esse homo. Quin & genus quoddam est hominum libertinorum secundũ iura vetera qui viuunt quidem liberi sed moriuntur serui, vt dicemus ad *tit. De libertinis.* Nanciscitur autẽ ius postliminij in ipso mortis suæ instanti is de quo nunc agimus, quia cùm iam reuera sit liber, nihil est quod in eius persona impediat ius postliminij præterquàm vinculum pignoris (generale namque est vt pignus quodlibet, siue naturale, siue conuentionale impediat manumissionẽ *l. 3. D. de manumiss. l. 4. D. qui & à quib. manum. l. 1. & tot. tit. C. de seru. pignor. dat. manum.*) quod ipsum ius pignoris per mortem redẽpti hominis ita finitur vt illo etiam adhuc viuo finiatur, propter eam rationẽ quã attulimus. Denique hoc ipsum quod dicimus hominẽ liberum ab hostibus redemptum nõ esse propriè seruũ redimentis vt disertè scribit Vlp. *in l. qui testamento 20. §. 1. D. qui testam. fac. poss.* ex eo etiã apparet quod idẽ Vlp. scribit *in l. 3. §. si quis eum De homin. liber. exhib.* Si quis eum quem ab hostibus redemit, retineat in ea causa esse vt interdicto illo non teneatur. *Non enim* inquit, *dolo malo fecit.* Non reddit illã rationẽ quæ alioqui si vera erat multò fuisset accõmodatior, quòd non sit hic homo liber (eo siquidem supposito, quænam obsecro dubitandi ratio ad interdictũ illud pertinens subesse potuisset? (sed ait, *quia dolo malo non facit.* nempe quoniam vt scriptum est *in §. praeced.* non videtur hominem liberũ dolo malo habere qui iure suo vtitur. Iure autẽ suo vtitur nõ solùm qui habet eum in potestate vt *in d. §. praeced.* sed & qui eũ habet ex cõstitutionib. vinculo pignoris obligatũ. Nec tãtùm in libero homine sed etiã in seruo ab hosti-

l. qui testa- stamento 20. §. 1. D. qui testam. facer. poss. l. 3. § si quis eum D. de homin. liber. exhib.

hostibus capto posteáq; redẽpto id ipsũ ferè obtinet quod diximus, scilicet vt reddita quandocũq; redẽptori pecunia nunquã in ipsius dominio fuisse videatur, ideóque nec libertus eius efficiatur, sed in prioris domini ius redeat. Nõ enim posset vnius esse libertus, & alterius seruus, cùm qui dicit libertum dicat liberum, idem verò & seruus & liber esse nemo possit Planè antequam seruus hic qui alienus fuit & redemptus in domini sui potestatem plenã redierit, id est, antequàm redemptori precium dominus reddiderit, verè interim seruus est redimentis, non propter redemptionem, sed propter constitutionem quæ de ea re lata est de qua in *§. si quis seruum d. l* 12. quæ tamen de seruis tãtùm locuta est. (Cæterùm fatendũ est, summo iure esse illũ medio tẽpore proprium seruum redimentis, & quod est consequens pignori non obligatũ, neque enim propriæ rei pignus potest cõsistere (*l. neque pignus* 35. *De reg. iur.*) cùm reuera sit seruus, nec ei⁹ cõdicio magis repugnet ne huius quàm ne illius domini seruus sit, quanquam non eo minùs procedit eius vsucapio ad excludẽdũ ius redimendi ne deterioris cõdicionis sit is qui redemit quàm si dominus non esset, vt eleganter & subtiliter disputat Thryphon. in *d. l. in bello* 12. *d. §. si quis seruum, v ers. & si ignoret.* Vnde etiam est quod eum manumittendo facit liberum, & consequenter libertum suum, propter eas rationes quas subiungit Thryph. in *§. seq.* vbi tamen puto subesse mẽdum in illis verbis *liber erit seruus* & pro *liber* legendum *semper* retenta tamen interrogatione vt bon us sit sensus qui alioquin nullus est, vt dicemus latiùs ad *tit. quib. mod. ius patr. potest. soluit. illat.* 19. *Princip.* 8. Hæc autem omnia eò pertinent vt appareat hoc vno tantùm modo posse liberum hominem iure ciuili fieri seruum si maior annis viginti passus sit dolo malo se venundari ad precium participandum. Planè is qui vnius seruus fuit interdum ex constitutione ciuili fit seruus alterius, puta si quis detexerit collusionem per quam aliquis fuerit pronũciatus ingenuus cùm seruus esset *l. 1. & tot. tit.* D. *de, collus. deteg.* Et de seruis quidem hæc dixisse sufficiat. De liberis iã videamus, quorum duplex differentia est, Aut enim sunt ingenui, aut libertini. Alia est distinctio liberalium iudiciorum & negotiorũ, Aut enim de libertate sunt aut de ingenuitate *l. iuxta edicti* 40. *C. de liber. caus.* vbi propter hanc causam mallem legere *de libertate*, quàm vt vulgo de *libertinitate*, non solùm vt comprehendãtur iudicia de libertate ex qua & liberale iudiciũ nomẽ sũpsit *tot. tit.* De *liber. caus. l. non distinguemus* 32. *§. de liberali De recept. qui arbit.* sed etiã quia eadem prorsus quęstio est de libertinitate & ingen uitate, cùm non possit quis de libertinitate contendere nisi aduersus eum qui se ingenuum dicat, Nec contra asserere sibi ingenuitatẽ nisi contra eũ qui obiiciat libertinitatem. Etsi video poni ista quasi separata in *d. §. de liberali*, fortasse inspecta persona agentis, vt si quis vindicet se in ingenuitatẽ dicatur iudiciũ de ingenuitate licet hoc ipso contendatur etiã de libertinitate. E contrario dicatur iudiciũ de libertinitate si quis tãquam patronus libertũ suũ esse contendat eũ, qui se dicit ingenuum. Actoris enim est non rei dictare & constituere iudiciũ *arg. l. circa* 14. *D. de probat. l. Diui fratres* 27. *§.* 1. *De liber. caus.* (si tamẽ vterque locus Triboniani non est potiùs quàm Iurecõsulti, vt dicemus ad Princip. 2. *infr.*) *l. vlt.* D. *de separat.*

L. in bello 12. § si quis seruũ vers. & si ignoret. D. de captiu. & postlim. Et in §. seq.

P

TIT. IIII.

De ingenuis.

PRINCIPIVM I.

De ingenui hominis definitione.

INgenuus est, is qui statim vt natus est liber est. In quo vno differt ingenuus à libertino. Libertinus enim liber fit nō nascitur *l. ingenui* 8. *C. de ingen. manum.* vbi Imperatores scribunt ingenuos nasci, libertinos autem manumissione tantùm constitui. Nam quemadmodū supra diximus seruorū alios nasci, alios fieri, ita & de hominibus liberis dicendū est, Alios liberos nasci, qui seruitutis iugum nunquam gustarunt vt loquitur Harmenop. *lib.* 1. *tit.* 18. Alios seruos natos ex seruis fieri liberos. Et rursum, quemadmodum ex iis qui fiunt serui, Alij fiūt iure gentium, id est per captiuitatem, alij iure ciuili cùm quis dolo malo passus est se venundari ad preciū participandum, Ita & ex iis qui fiunt liberi alij fiunt iure gentium, vt qui per manumissionem (manumissiones enim ex eodem iure sunt ex quo & seruitutes, id est ex iure gentiū *l.* 4. *D. de iustit. & iur.*) alij iure ciuili, id est qui sine manumissione, De quibus in *tit.* D. *qui sin. manu. ad libert. peruen. & C. pro quib. caus. serui pro præm. libert. accip.* Casus autem in quibus iure ciuili fit liber quis sine manumissione, hi sunt, Primus, si seruus venditus sit ea lege vt intra certū tempus manumittatur, nec fuerit manumissus quāuis tam emptor quàm venditor sine herede decesserint *l.* 1. *qui sin manumiss.* vbi ait Paulus hoc fieri ex rescripto Diui Marci, idq; locum habere etiamsi venditor mutauerit voluntatem, scilicet ante diem manumissioni præstitum & ex quo cœpit competere libertas, ne alioqui obstet *l.* 3. *eod. l.* 3. D. *de seru. export. l. vlt. C. si mācip. ita fuer. alien.* Huic comparatur seruus venditus ea lege vt à viuo emptore manumittatur aut nullo addito tēpore ad manumittendum. Statim enim mortuo eo competit libertas *l.* 4. *l. vlt. qui sin. manumiss.* Hoc ita si seruus ille non sit specialiter obligatus *l.* 3. D. *de manum.* licèt generaliter obligatus sit *l.* 4. *l. generaliter* 29. *qui & à quib. manum. l.* 3. *C. de seru. pign. dat. manum. l. si quis obligatum* 6. D. *qui sin. man.* vbi propter hanc causam puto legendum addita negatione, *non obligatum*, scilicet specialiter. Id enim innuitur ex illis sequentibus *licet bona omnia.* Præsertim si sequamur sententiam existimantium seruum qui specialiter obligatus non sit, ideò posse manumitti, quod nec generaliter obligatus intelligatur, quasi de quo obligando non cogitauerit dominus qui eum posteà manumisit, quod sentit Donell. *lib.* 2. *comment. iur. ciuil. cap.* 15. Quanquam mihi sententia hæc non placet, magísque probo vt veniat hic seruus in obligatione generali, nec eo minùs tamen possit manumitti vt dicam pluribus ad *tit.* De *libert. Princip.* 1. *illat.* 3. *Secundus* si seruus fuerit donatus eadem lege vt intra certum tempus manumittatur, idque non ex rescripto sed ex sententia rescripti & constitutionis Diui Marci ad hāc speciem tracta per prudentum interpretationem, cùm rescriptum de ven-

Varij casus in quibus liber quis fit sine manumissione.

Tit. qui sin. manumiss. ad libert. peruen.

venditione duntaxat locutum fuisset *d. l.1 eod. l. mãcipia 8. D. qui sin. manumiss.* Ante rescriptum enim aliud erat *l. qui roma 122. §. Flauius De ver. obliga. Tertius* si seruum dominus habuerit pro derelicto ob grauem infirmitatem, idque ex edicto Diui Claudij *l.2. D. qui sin. manumiss.* sed ita tamen vt hic seruus quãdiu viueret duntaxat in libertate moreretur, eiusdem verò cùm moreretur bona idem dominus occuparet, vt Iustinianus refert in *l. vnic. §. sed scimus C. de latin. libert. toll.* vbi & ius illud æquissimè corrigit, data misero huic seruo plenissima libertate, nec reseruato etiam iure patronatus domino qui in seruum suum tam impius fuerit & crudelis. *Quartus,* si seruus necem domini vindicauerit *l.1. C pro quib. caus. serui. iũct. l.5 §. vlt. D. de iniur. Quintus* si cã domini necẽ detexerit *l. qui ob necẽ 5. qui sine manu. l. si filius 23. D. de iur. patr. l. 4. in princ. De bon. libert. l. æris alieni 39. D. ad leg. falcid.* Inter quos tamen casus differentia illa est, quòd in quarto libertas competit ipso iure, in quinto autem petenda est & danda à prætore *d. l.1. C. pro quib. caus. Sextus* si quis hac lege ancillam emerit ne prostituatur, & prostituerit *d. l. si quis obligatum §.1. l. 1. C. si manci. ita venier. ne prostit.* Cui casui & ille comparatur, si quis cùm posset abducere prostitutam ancillã pecunia accepta manus iniectionem vendiderit. Nam & hęc ancilla libera est ex rescripto Imp. Antonini *l. Imperator 7. qui sin manum.* vbi ratio redditur quòd nihil intersit ipse abducas & prostituas an patiaris prostitutam esse precio accepto cùm possis eximere. Intelligendus autem hic causus est de ancilla sic vendita non ne prostituatur, sed vt si prostituatur liceat vẽditori eam abducere. Alioqui sola prostitutio faceret eã liberam, nec patientia venditoris requireretur *d. l.1. C. si mancip ita vemer. ne prost. Semptimus* si monetarios adulterinam monetam clandestinis sceleribus exercentes seruus in publicum detulerit, hic enim romana libertate donatur ex Cõstãtini constitutione in *l.2. C. pro quib. caus. seru. pro præm. libert. accip. Octauus* si quis seruus raptus virginis facinus dissimulatione præteritum aut pactione transmissum detulerit in publicum *l. si quis seruus 3. eod. Nonus* & postremus si desertorem militiæ seruus prodiderit *l. vlt. eod.* Habent autem omnes hi casus pro ratione ciuili fauorem libertatis iunctum cum fauore boni publici, vel cum odio domini aduersus naturam ipsam aut conuentionem aut leges quid facientis vel negligentis, id est committentis aut omittentis, vt in singulis videre est. *His casibus* contrarij illi sunt in quibus impeditur libertas serui etiam interueniente manumissione, *Primus* est si quis dãnatus sit in perpetua vincula, aut adbestias, aut ad gladium, aut in metallum, atque ita seruus pœnæ effectus *l.1. C. qui non poss. ad libert. peruẽ.* Nam cùm non possint esse serui duorum in solidum prioris scilicet domini & pœnę cuius per sentẽtiã serui efficiuntur *l. si quis filio 6. §. sed & si quis De iniust. rupt. l.4. C. de bon. proscript.* necesse est euenire vt dominus esse desinat qui prius fuit. *l. aut damnum 8. §. seruos in metallum D. de pœn. l. frustra 8. C. de sentent. pass. & restit.* vbi additur cœpisse hũc seruũ esse fisci ex quo factus est seruus pœnæ. Vnde est quod Vlp. scribit in *d. §. seruos,* Cùm quidam seruus in metallum damnatus beneficio Principis esset iam pœna liberatus, Imperatorem rescripsisse quia iam semel domini esse desierat, nõ esse illum in potestatẽ domini posteà reddendũ: quod & rescriptũ est in *dict. l. frustra,* scilicet per occasionẽ huiusmodi indulgentię dominiũ prius quod semel amissũ fuit redintegrari nõ posse. Cui cõsequẽs est vt quod in *d. l. 8. §. vlt.* scriptũ legimus:

L. si quis obligatum 6. D. qui sin. manum. ad libert.

Varij casus in quibus liber tas impeditur etiam interueniẽte manumiss.

L.1. C qui nõ possint ad liber teruen. l. frustra 8 C. de sentẽt pass & resti. L. aut damnum 8 § seruos in metallum D. de pœn.

sed siue in perpetua vincula fuerit damnatus seruus,siue in tẽporalia, eius remanet cuius fuit antequam damnaretur non tam Vlpiano tribuendum esse qui alioquin & cũ seipso & cum Imperatoris rescripto pugnaret, quàm Triboniano aut imperito interpreti ad id respicienti quòd hodie ex Nouel.Iustin.22. *De nupt cap.8. nemo fit seruus pœna Auth.sed hodie C.de don. int.vir. & vxor.* nec animaduertenti constitutionem Iustiniani de liberis duntaxat hominibus locutam,ius vetus incorrectum reliquisse, quod in seruis æquè ac in liberis obtinebat *l.metalli* 11.*C.de pœn.*Neque rursum potuisse Vlpiani respõsum accommodari ad nouum illud ius quod multis post Vlpianum seculis à Iustiniano inductum fuit, Et sanè absurdum est liberalitatem Principis qui homini seruo pœnæ effecto libertatem præstitam voluerit, pro præstatione libertatis nihil nisi dominij translationem fecisse,vt loquitur Thryphon. *in l.in bello* 12.*§.manumittendo* 9.*De captiu.& postlim.* Sed tamen obseruandum est,ad hunc casum non pertinere quod dicimus,nõ posse huiusmodi seruum ad libertatem à pristino domino perduci. Nam cùm desierit esse dominus, qui erat anteà,quid mirum est manumittendi ius ei nullum superesse?Intelligi ergo hoc debet de illo casu quo seruus sub pœna perpetuorum vinculorum domino reddi iussus sit per sententiam de quo in *l.seruus* 10.*C. de pœn.* quo casu licet ius proprietatis per condemnationem amputatum non sit, vt loquitur *l.seruo* 13.*eod.* publicè tamen interest non posse à domino remitti pœnam per manumissionem,adeò vt etiamsi temporalis pœna fuerit, præfiniti tamen temporis finem etiam expectari necesse sit, ne ad maleficia quisquam temerè prosiliat,inquit *l.si operis* 14.*eod.*iunct.*d.l.1.C.qui non poss.ad libert.peruen.Secundus* casus est si quis domini sui testamento pœnæ causa vetitus si manumitti *l.4.§.in illis D.de manumiss l.vlt.C.de reb.alien. non alienand. l.2.C.qui non poss.ad libert.peruen.*vbi additur huiusmodi testamentorum leges quæ perpetuam seruitutem malè meritis seruis irrogant, adeò esse obseruandas, vt nec per suppositum emptorem ad libertatem perduci possint, Ne scilicet alioqui fraus fiat voluntati,quam licet libertati contrariam seruari tamen publicè interest, vt serui deterreantur ab iis committendis vel omittendis propter quæ videãtur tam malè meriti de dominis vt nunquam ad libertatem perduci possint. Dixi *pœnæ causa* quia multum interest vtrum eos quos cum filio educatos esse testator expressit proprer familiare ministerium& vsum filiorum necessariũ & venire & manumitti vetuerit,an quasi malè meritis pœnam irrogauerit , Priore namque casu morte eius cui consulebatur obsequij necessitate finita , libertas potest contingere *d.l.2.* Finita scilicet prohibitione ex quo finita est causa prohibitionis *l. illis libertis* 84.*De condic.& demonstr.* *Tertius* casus est si quis ea lege venierit vt exportetur. Venditus enim videtur in perpetuam seruitutem is qui hac lege venditus est *l.1.2.3.& tot tit.C.si seruu.export.v en.l.1.& tot.tit. D. de seru. export.d.l.4.§.in illis De manumiss.* Refert tamen an venditio serui facta sit hac lege sub denunciatione manus iniiciendæ, id est an venditor manus iniectionem pacto sibi exceperit , an non. Priore casu suo iure vti potest, manúmque in seruum iniicere vt eum recipiat in dominium suum,Posteriore verò committitur seruus, & vindicatur fisco post manumissionem, soláque ex stipulatu actio superest priori domino contra emptorem qui ostendit in legem venditionis *d.l.1.& 2.C.si seru.export.ven.Quartus* casus est huic

L.seruus 10. *C.de pœn.*

L.2. C. qui non poss. ad libert. peruen.

L.1.2.3.& tot. tit.C. si seruus export. ven. l.1. & tot.tit. D.*de seru.export. l.4.§. in illis D. de manumiss.*

huic similis, si quis venditus sit ea lege ne manumittatur *d.§.in illis. l.ea quidem 5.C si mancip.ita fuer.alien.vt manumitt.vel contra.* vbi ratio redditur, *Neque enim condicio qua personæ serui cohæsit, immutari facto eius qui ea lege comparauit potest. Nec tamen,* inquit, *pœna pacto* (sic enim lego non *exacto*) *si qua addita est condicioni non seruatæ, iustam exigendi tribuit causam,* qui non potest dici fides rupta cùm manumissionis contra legem venditionis factæ nullus sit effectus *arg.l.vlt.eod.* Quamquam fieri potest vt non sit inutilis conuentio pœnæ, si fortè propter omissum pactum manus iniectionis quod addi olim solebat seruus contra legem venditionis manumissus fisco committatur *arg.d.l.1.& 2.C.si seruus export.ven* Alij etiam casus sunt in quibus non valet datio libertatis, puta si in fraudem creditorum vel fisci data sit libertas aut non eo modo quo oportuit. De quibus in *tit.D.qui & à quib.manum.liber.non fiãt & C.qui manumit.non poss.* sed diuersi sunt illi ab istis de quibus nũc diximus, & in quibus libertas impeditur propter personam istam serui qui ad libertatem perduci nunquam potest. De aliis dicemus ad *tit. Quib.ex caus.manumitt.non licet.*

L ea quidẽ 5.C.si mancip.ita fuer. alien.

Tit.D. Qui & à quib. manum. liber. non fiãt & Tit. C. qui manum. non poss.

ILLATIO I.

De fauore ingenuitatis.

EX hoc Principio fit, vt quemadmodum leges fauent libertati, ita etiã faueant ingenuitati *l.vlt.D.si ingen.ess.dicet.* Nam cùm libertus non alia de causa sit fauorabilis, quàm quòd sit secundum naturam, vt diximus ad Princ. 2.*tit.præce.* constat omnes homines natura non solùm liberos nasci, sed etiam ingenuos, siquidem ingenuus ille est, qui statim vt natus est, liber est. Et ingenuitas dicta quasi ingenita qualitas.

L. vlt. D.si ingen.ess.dicet.

ILLATIO II.

De bene natis & malè natis.

SEcundò ex eodem Principio fit vt bene natum dicamus eum qui ingenuus natus est *Nouell.* 22.*De nup.cap.*8.vnde sumpta est *Auth. sed hodie C.de donat.int.vir.& vxor.* & ingenuè loqui, pro eo quod est liberè & candidè. E contrariò malè natum eum qui seruus nascitur, quia nascitur contra naturam. Vnde & nequitiam seruilis ingenij dicunt Impp. in *l.3. C.de libert.& eor.liber.*

Auht. sed hodie C. de dona. int. vir. & uxor.

L.3.C. de libert. & eor. liber.

ILLATIO III.

De natalium significatione.

TErtiò ex eodem Principio fit, quod Pomponius scribit in *l.3.* D.*si ingen.ess.dicet.* hoc sermone *adgnitis natalibus* de nullis aliis intelligendum esse senatum sensisse quàm de ingenuis.

L.3. D.si ingẽ.ess. dicet.

ILLATIO IV.

De natalium restitutione.

QVartò ex eodem Principio fit, vt qui seruus natus est ex postfacto ingenuus fieri numquã possit, nisi iuris interuentu, id est ita demum si libertinus à Principe suis natalibus fuerit restitutus. Illis enim vtique natalibus

l.1.C de iur aureor. annul. restituitur, in quibus initio omnes homines fuerunt, vnde & natales antiqui dicuntur *in l.1.& 2.C.de iur.aur.annul.* non in quibus ipse natus est cùm seruus natus esset. Hic enim quantum ad totum ius pertinet, perinde habetur atque si ingenuus natus esset, Nec patronus eius potest ad successionem venire *l.2.D. de natal. restit.* vbi Marcianus ex hoc infert non facilè Imperatores solere quemquam natalibus suis restituere, nisi consentiente patrono. Ad omnē namque ingenuitatis statū restituitur, qui isto beneficio Principis vtitur *l.3.eod.* perinde acsi maculam seruitutis ab initio non sustinuisset *l.vlt. in fi. eod.* Denique ius patroni hoc impetrato amittitur *d.l.vlt.in princip.* ideóque nec filio patroni inuito libertus natalibus restitui potest. Quid enim interest, ipsi patrono an filijs eius fiat iniuria? Inquit *l.4.eod.* Vnde etiam est, quod natalibus suis à Principe restitutus ille qui se ingenuum natum Principi adfirmauit, si ex ancilla natus sit nihil impetrasse videatur *l.1.eod.* quia non facilè credendū est Princeps iuri patroni derogare voluisse, tametsi potuerit si voluisset *l.4.C.de eman.liber.l.2.§.meritò & §. si quis à principe.Ne quid in lo.pu.*iun.*d.l.2.in fi.* De natal.rest. Aliud est ius illud quod aureorū annulorū appellatur. Id .n. etsi à Principe perinde impetratur, tribuítq; impetrāti iura ingenuitatis, patroni tamen ius non lædit, nec eum à liberti hereditate excludit *l.pen.& vlt.D.de iur.aureor.annul.* Adeò vt Diuus Commodus etiam datum iam illud ius ijs ademerit qui inuitis aut ignorantibus patronis accepissent *l.3.eod.* quia tametsi non videatur eiusmodi concessione lædi patronus cuius integrum ius manet (quæ ad illū locū dubitandi ratio est) honor tamen patrono debitus ipsúmque ius patronatus exigit, vt de statu & capite liberti nihil vel inuito vel ignorante eo constituatur. Tanto facilius enim patronus impetrationi aureorum annulorum consensurus esse credendus est quanto minore incommodo id facere possit, & salua patronatus sui causa *arg.l.4.§.1.D.quib.mod.pign. vel hypoth.solut.* ideóque introductū est beneficiū annulorū fauore ingenuitatis, vt posset locum habere tum etiam cùm patronus natalium restitutioni consentire nollet. Propter quā etiam causam videtur Iustin. constituisse *in Nouel.78.vt libert. de cæter.cap.1.& 2.* vt manumissum quemlibet tanquam hoc ipso factum ciuem romanum necessariò sequatur ius aureorum annulorum, adeóque ingenuitatis & vt Iustinian. loquitur *regenerationis*, iure patronatus illæso, vt ex vna parte ius libertatis augeretur, ex altera verò non eo magis patroni à libertate danda reuocarentur. *Auth.sed hodie C.de iur. aur.annul.* Ex eo autem quod libertus qui ius aureorum annulorum impetrauit, non nisi saluo patroni iure ingenuus esse intelligitur, illud etiam fit quod Papin. scribit *in l.1.ill.tit.* inter cæteros alimenta liberto relicta non idcirco non deberi quia ius aureorū annulorum ab imperatore libertus acceperit, Nempe quia quod ad patronū manet libertus, licèt quod ad alios ingenuus intelligatur, & honor eius tātùm auctus est non condicio mutata, vt eleganter ait Marcianus *in l.falsa 33.§. sed si cui De condic.& demonstr.* Imaginem enim duntaxat non statum ingenuitatis præstat *l.2.C.de iur.aur.annul.* vbi lego *libertinis* non *libertinitatis*. Longéque alia ratio est eius, qui iudicatus ingenuus collusione per alium patronū detecta cōdicioni suæ redditus, alimenta sibi quæ tertius patronus reliquerat, præberi desiderat. Hunc enim placuit amittere non solùm alimenta, sed etiā beneficium annulorum quod ante sententiam pro ingenuitate dictam acceperat, Quasi qui beneficium illud deposuerit hoc ipso quod se ingenuū dixit *d.l.1.vers.diuersum & l.2.D.de iur.aureor.annul.* Sunt enim ista cōtraria, esse ingenuū, &, ius annulorū impetrare, cùm ius annulorū nō alij impetrare possint, quàm

l.2.D.de natal.restit.

l.3.l.vlt. eod.

l.4.eod.

l.1.eod.

Ius aureorum annulorum.

l.3.l.pen.& vlt.D.de iur.aur.annulor.

Auth.sed hodie C. de iur.aur.annul.

l.1.D.de iur aureor. annul.

l.2.C.eod.

l.falsa 33.§. sed si cui D. de condic. & demonstr.

l.2.D.de iur.aur.annul.

quàm qui ingenui cùm nõ sint, fieri tamẽ volunt. Qui impetrat ius annulorũ si antea erat ingenu' nõ idcirco amittit ingenuitatẽ quã scilicet habebat à natura, vt nec is, qui manumissus est, quemadmodũ dicemus ad Princip. *vlt. huius tit.* At, qui impetrato annulorum beneficio vindicat se in ingenuitatẽ amittit beneficium annulorũ, quia cùm sit illud aduentitium, non naturale, facilè ac quocumque voluntatis indicio amitti potest, *arg. l. 1. C. de nundin.* Priuilegiũ enim hoc non facit, nec potest facere vt reuera ingenuus sit, qui reuera seruus natus est, sed tantùm vt per fictionem iuris habeatur pro ingenuo, sicuti Paulus loquitur in *d. l. pen* & ingenuus intelligatur quomodo Vlp. in *l. vlt. eo. tit. De iur. aur. annul.* Illa nãque verba *habetur, intelligitur*, & similia fictionem tantùm iuris, non etiam rei & naturæ veritatem demonstrant. Imò nec qui à Principe natalibus restituuntur fiũt reuera ingenui, sed interuẽtu iuris, vt diximus initio huius illationis, id est per fictionem *d. l. 2. de natal. resti.* quasi inducta specie quadam regenerationis quam tamẽ natura penitus abhorret, vt contra Christum Dominum Nicodemus noster nihil nisi carnis & naturę leges tùm intuitus, disputabat. Ergo ingenuorum alij sunt à natura, alij à lege. Sed natura vsque adeò præualet vt non sit in potestate legis facere ingenuũ absolutè ac planè nisi restituendo natalibus. Nam qui ius aureorum annulorum impetrauit non est ingenuus absolutè, sed secundum quid, vt diximus ex *d. l. 2. C. de iur. aur. annul.* Fit tamen etiam quis ingenuus iuris interuentu alio casu id est per fictionem postliminij in specie *l. statulibera 6. §. 1. D. de statulib.* Cæterum quemadmodum & liberi & ingenui nascuntur homines cuiuscumque sexus siue masculi siue fœminæ, ita & fœminas ius annulorum impetrare ac natalibus restitui non minus quàm masculos posse certum est *l. etiam fœmina 4. D. de iur. aur. annul.*

L. statulibera 6. § 1. D. de statulib. L. etiam fœmine 4. D. de iur. aur. annul.

PRINCIPIVM II.

Ingenuitatem à matre pendere non à patre.

INgenuus est qui nascitur ex matre libera, licèt ex patre seruo, aut quod idem est incerto *l. & seruorum 5. §. ingenui l. Herennius 22. D. de stat. homin.* Nam quemadmodum in seruis ita comparatum ius est vt serui nostri sint qui ex ancillis nostris nascuntur, licet patrem habeant liberum siue ingenuæ siue libertinæ condicionis, vt diximus ad Princip. *4. tit. praced.* Ita & in liberis ac ingenuis idipsum obtinere necesse est vt nascantur liberi & consequenter ingenui qui ex matre libera nascuntur. Vtramque enim fit eadem non solùm iuris sed etiam naturæ ratione, quod mater semper certa sit, pater autem incertus semper, ac proinde nullus quoties extra iustas nuptias natus quis proponitur. *l. 5. D. de in ius vocand.* iunct. *l. lex natura 24. De stat. hom.* Itaq; ad libertatis fauorẽ hoc referendũ nõ est, quasi sic fiat vt certior sit libertas, sed ad necessitatẽ naturę, quia fieri nequeat vt matris cõdicionẽ nõ sequatur is qui vt in superioribus disputauimus patrẽ nullũ habet *l. 1. in fin. D. ad municip.* cùm idem seruetur in causa seruitutis, multòq; facilius & frequẽtius apud eas gẽtes quæ seruitutis vsum retinuerunt, vt ex ancilla quis nascatur, quàm ex libera, quia seruile ingeniũ longè magis quàm ingenuũ procliue est ad libidinẽ, & ab iis quę ad pudicitiã publicámq; honestatẽ pertinẽt magis alienũ. Proinde si libertatis fauor hîc attẽdẽdus foret, erat sane cõuenientius, ita ius cõstitui vt patris quã vt matris cõdicionẽ fili' sequeretur, Sed quoniã nõ nisi inter liberas personas matrimoniũ esse potest *l. 1. D. de diuort.* & consequenter nõ magis inter

L. & seruorum 5 § ingenui l. Herennius 22. D. de stat. homin.

hominē seruū & liberā fœminā, quàm inter liberū & ancillā) si enim vterq; sit eiusdē condicionis siue liberæ siue seruilis nullus dubitationi locus relinquitur, vtrius condicionē sequi filius debeat) vtroq; casu perinde euenit vt ex matris statu liberorū cōdicionem pendêre sit necesse: scilicet quod ad libertatem non quod ad ingenuitatem, cū n etiam libertæ filius sit ingenuus, vt in princ. huius *tit.* Iustin. scribit. Et differentiæ ratio est quia ingenuum faciunt natales, libertum manumissio *l si fuerit* 10. *ad fin. D. de reb. dub. l. libertina* 9. C. *de ingen. manumiss.* Inde̅q; est quod diximus nihil interesse an natus quis sit ex patre seruo, an ex incerto. Est enim pater incertus quisquis talis est qui ex nuptiis certus demonstrari non potest, qualis est seruus, nec tantùm seruus ille quem semper constiterit seruum esse, sed & is qui contracti matrimonij adeóque suscepti filij tempore non pro seruo habitus fuerit, sed pro libero *l. ex libera* 6. C. *de suis & legit. l.* 3. C. *solut. matrim.* vbi additur, quod notādum est, esse quidem hūc spurium qui ex seruo & libera natus est, sed tamen ingenuum, vt intelligamus nihil obstare quominùs idem sit & spurius & ingenuus, quāuis fieri nō possit vt quis sit & spurius & ciuis romanus, vt dixim⁹ ad dict. Prin. 4. Ingenuū enim esse qualitas est nō ciuis romani, sed hominis liberi, Et queādmodum qui spurius est non eo minùs liber est si seruus non sit, Ita & ingenuum eum esse necesse est si nunquam fuerit seruus, nisi fortè illud etiam mirari volumus cur liber sit cùm iam dixerimus ne quidē esse hominē cū qui sit sine patre, differentiā autē illā hominū esse vt alij sint liberi, alij serui. Sed respondēdū est, re vera esse hominē cùm reuera patrem habeat licèt quis ille sit non magis certò demōstrari possit, quàm si vulgo cceptus esset: Et consequenter necesse esse, vt reuera sit ingenuus, qui re vera neque seruus est, neque vnquam fuit, Perinde namque absurdum esset vt vel seruus vel libertinus diceretur, aut pro tali haberetur is, qui homo non esset, aut pro homine non haberetur. Sed & cùm dicimus omnes homines nasci liberos, ad eum hominem respicimus, qui primus vnquam natus fuit, quem tamen sine patre humano fuisse non solùm sacrosancta religio nostra docet, verùm etiam ratio ipsa apud eos omnes qui mundum ab æterno non fuisse ex philosophicis quoque rationibus didiscerunt: Planè vt ciuis quis sit nō sufficit esse illū & liberū & ingenuū, sed vt ex ciue & secūdū leges ciuiles natus sit ac proinde ex iusto matrimonio *Nouell. quib. mod. nat. effic. sui in princip.* Obserua tamen esse quosdam casus in quibus etiam ex serua ingenuus quis nascitur, duos Vlp. refert in *l.* 1. §. 1. *De suis & legit.* quorum alter est si quis conceptus & natus sit ex ea quæ moram in libertate fideicommissaria passa sit, Alter si ex captiua. Tertium addidit Iustinianus in *l. cùm inter* 14. C. *de fideic. libert.* si partui in matris ancillæ vtero adhuc existenti libertas data sit, siue directa siue fideicommissaria.

l. ex libera 6. C. de suis & legit. L. 3. C solut. matrim.

L. 1. §. 1. D. de suis & legit. L. cùm inter 14. C. de fideic. libert.

ILLATIO I.

Ex aduersarij penuria ingenuitatem non acquiri.

L. Diui fratres 27. §. 1. D. de liber. caus.

EX hoc Principio sicut & ex præcedente, fit, quod scribit Vlp. in *l. Diui fratres* 27. §. 1. *De liber. caus.* Si ea persona desit cognitioni quę status controuersiam alicui faciebat in eadem causa esse illum qui de statu suo litigat in qua fuit priusquàm de libertate cōtrouersiam pateretur. Quamuis enim hoc lucretur, quod is qui eam status controuersiam faciebat amittit suā causam. Non ex eo ta-

eo tamen ingenuum fieri eum qui non fuit. *Nec enim*, inquit, *penuria aduersary solet ingenuitatem tribuere*, supple, *sed natura l.si te 7.C. de ingen. manum.* Nec est contrarium, quod idem Vlp. scribit in *l. ingenuum* 25. D. *de stat homin.* ingenuum accipere nos debere illum etiam de quo lata est sententia, id est qui per sententiam pronunciatus est ingenuus, quamuis reuera fuerit libertinus, Ratio enim est, quia, vt in eadem lege subiicitur, res iudicata pro veritate habetur *l. res iudicata* 207. *De regul.iur.* nec patitur autoritas rerum iudicatarum vt disputari amplius possit an libertinus aut seruus fuerit is qui semel ingenuus pronunciatus fuit. *arg.l.seruo* 65. §. *cum prator. D. ad SC.Trebell.* Idque adeò verum est vt sententia pro statu & ingenuitate lata contra vnum faciat ius quod ad omnes etiam inauditos (dummodo lata sit cum iusto & legitimo contradictore alioqui non obest vero patrono *l.1. D.si ingen.ess.dicet.l.1.C.de ingen.manum.l.cum non iusto* 3. D. *de collus. deteg.*) quia personam afficit, nec fieri potest, vt quis vel liber, vel ingenuus sit, quod ad vnum quin sit etiam quod ad omnes, cùm sit qualitas personæ quæ est indiuidua, sicut & qui per vnius iudicis sententiam factus est infamis non solùm in illius territorio sed vbique terrarum infamis est *l.ex ea causa* 9. *D.de postul.* Quid enim aliud est ius hominis quòd vel liber sit, vel seruus, vel ingenuus, vel libertinus quàm homo ipse qualiter se habens, vt de iuribus prædiorum scriptum est in *l.quid aliud* 86. *De verb.signific.* Hoc ita tamen si sententia ritè & citra collusionem lata sit, hoc enim semper excipiendum est, neque hoc casu videtur necessarium auxiliũ appellationis vt in *l.si perlusorio* 14. *in princip* iunct. *l.*5. §.1. D. *de appellat.* quia prætextu collusionis sententiam retractare permittitur quamuis non nisi semel *l.vlt. D.de collus.deteg.* iunct. *l.* 3. *De popular.action.* scilicet intra quinquénium *l.2.eod. De collus.deteg.* Tempus enim illud constitutione Marci præfinitum est ad retractationem non quidem perficiendam sed inchoandã, aliter quàm seruari soleat circa eum qui ex libertinitate se in ingenuitatem petit. *d.l.2.§.quinquẽniũ.* Apparet itaque multùm interesse quibus verbis sententia concipiatur, vt subiungitur in *d l.Diui fratres* §.1. id est an pronuncietur esse quem ingenuum, aut liberum, an verò actoris seruum vel libertum non videri. Sunt enim ista longè differentia, An quòd medium quiddam sit inter ingenuitatem & non libertinitatem, aut inter libertatem & non seruitutem? Minimè. Nã quisquis homo est eum si non seruus est, liberum esse necesse est, & similiter ingenuum si non sit libertinus: Sed quia potest fieri vt quis non sit seruus Titij, nec tamen sit liber quia alterius seruus esse potest, itémque vt quis non sit libertus Titij & tamen non sit ingenuus, quia alterius libertus sit. Denique cùm iudex pronunciat Stichum non videri seruum aut libertum Titij non pronunciat de iure Stichi, sed tantùm de non iure Titij, quod planè diuersum & longè minus est. Pronunciaret de iure Stichi si eum aut liberum aut ingenuum pronunciaret, quia qui dicit ius Stichi, dicit quid affirmatiuum id est Stichum esse talem, puta liberum aut ingenuum, non autem simplex abnutiuũ vt Paulus loquitur in *l inter stipulãtem* 83. *in princip. De verb.oblig.* quale est non esse Titij seruum aut libertum. Et quantum inter hos casus intersit, vel ex eo maximè apparet quod sentẽtia per quã pronunciatus esset Stichus liber vel ingenuus faceret ius quod ad omnes non alia de causa quàm quia esset de iure personę Stichi, Ea verò per quã pronũciatũ duntaxat esset Stichũ Titij seruũ

L.si te 7. C. de ingen.manum.

L. ingenuũ 25 D de sta. homin.

L.1.C de inge. manum.

L.ex ea causa 9. D. de postul.

L. vlt. & l. 2. §. quinquẽniũ De collus.deteg.

aut libertum non esse, aut, vt concipi solebāt sententiæ omnes, non videri, ius nō faceret nisi, quod ad Titiū quia non de iure Stichi, sed nō de iure Titij tātùm lata esset. Quomodo etiā dicimus multū referre an pronunciatū sit hereditatē de qua inter nos cōtendebatur meā esse, an verò tuā nō esse *l. si inter me 15. D. de except. rei iudic.* Nec distinguendū est an præsens fuerit, an verò per contumaciā absens is qui Sticho cōtrouersiā status faciebat, Vtroq; enim casu cùm nullo iure egerit, aut in bona causa peragēda negligēs fuerit, nō aliud dānum pati potest, quàm vt causam suā, siue bonam, siue malā amittat: quod fit pronunciatione sic cōcepta *Stichum Titij seruū aut libertum non videri.* Nā vt pronuncietur etiā liber Stichus aut ingenuus, extra causam est amissionis litis Titij, & fatuus esset iudex qui de actione à Titio instituta iudicās, aliud in condemnatonē aut in absolutionē deduceret, quàm quod actionis formula & potestate contineretur. Quid ergo? Distinguēdū est an agat Titius, qui Stichū seruū aut libertum suū esse cōtendat, An verò Stichus qui se in libertatē vel ingenuitatē vindicet *l. liberis 7. §. vlt. De liber. caus.* Priore casu obtinēt ea quæ diximus. Pòsteriore verò necessariò pronunciādū est Stichum vel liberum aut ingenuū videri, vel non videri. Nēpe quia de eo ipso semper pronūciādum est, siue pro actore, siue pro eo, quod deductū est in actionē, id est vel de iure vel de non iure actoris, non etiam rei, Quæ tota ratio est eius quod dici solet, Actore non probāte absolui reū debere, quāuis nihil ipse præstiterit. *l. 4. C. de eden l. vlt. C. de rei vindic.* Et hęc Vlpiani sententia est in *d. l. Diui §. 1.* quāquā totus ille locus ab illis verbis *rectè atque ordine* mihi nō parū suspectus est vt Tribonianū magis quàm Vlpianū sapere videatur, siue verba intueor, siue sentētiā. Est enim prorsus nouum vt electionem iudex aduersario deferat an malit cognitionē circūduci an audita causa sentētiā proferri. Semper enim eliget is qui iudicio adest vt cōtra absentē sentētia proferatur, quā non potest non fauorabiliorē sperare cùm aduersus contumaces, vt vulgo iactatur, omnia iura clamēt. Atqui iudiciū non tātùm cōtra inuitū redditur, sed etiā inter inuitos. Simili enim ratione Paul' vtitur in *d. l. int. 83 §. 1. De ver. obli.* Sed neq; video quid in proposita specie possit interesse Stichi qui in seruitutē aut libertinitatē petebatur vt cognitio circūducatur: cùm etiāsi adesset Titius, nec de iure suo quicquā docere posset, nō aliud tamē dānū sentire deberet, quàm vt causam amitteret, id est vt pronūciaretur Stichū ipsius seruū aut libertū nō videri, nec eo magis assequeretur Stichus vt vel liber, vel ingenu' pronūciaretur. Quare fateor liberè me non intelligere quid sibi velint verba illa *neque hæc res captionē vllā habet, cùm nō ingenuus pronuncietur sed seruus non videri.* Si enim cū interpretibus sic explices vt huiusmodi sententia nullā captionē habeat ratione absentiū, facies ridiculū Vlpianū, Nā nec absenti vero domino aut patrono noceret sētētia quę cū iniusto cōtradictore pręsētē lata esset *d. l. 1. D si inge. ess. dicet. d. l. 1. C. de ingen. manu.* Illa autē verba pręsefērūt aliquā fore captionē si absente isto contradictore siue iusto, siue iniusto Stichus ingenuus pronūciaretur. Sin verò sic intelligas vt nulla captio sit absentis cōtradictoris, perinde nihil egeris. Nā quod ad cōtradictorē istū qui Sticho cōtrouersiā status faciebat, æquè amittit ille causā siue pronūcietur Stichus ingenuus, siue *seruus aut libertus nō videri.* Sentētia enim cōtra absentē reddita facit ius quod ad ipsum, licet nō simpliciter, id est nō quod ad omnes *l. qui repudiantis 17. §. vlt. De inof. test.* quia quoties quis absens vincitur, præsumitur victus ob id potiùs quòd abfuerit quàm quòd malam causam habuerit *l. Papinianus 8. §. meminisse eo. l. si ideo 55. D. de euict.* licèt differētia illa sit, quòd vno

L. si inter me 15. D. de excep. rei iudi.

L. liberis 7. §. vlt. D. de liber. caus.

L. 4. C. de edend. l. vlt. C. de rei vindicat.

Emēdatio l. Diui 27. §. 1. de liber. caus.

vno casu fit ingenuus propter autoritatẽ rei iudicatę,alio nõ item,quia neq;iudicatũ est,neq; vt dixi iudicari debuit ingenuũ esse aut liberũ eũ,qui in seruitutẽ vel in libertinitatẽ petebatur,nisi per viã exceptionis,hoc ipsum quoq;in iudiciũ deductũ sit. Nã cùm reus in exceptione actor sit *l.1.D.de except.l.19.De probat.* non minùs super exceptione si iusta sit pronunciandum est pro reo, quàm super actione si iusta fuisset pronunciari debuisset pro actore. Rufus quod sequitur *Quod si ex seruitute in ingenuitatem se allegat*(in.propria sanè & peregrina locutio,Dicimus enim *vindicare se in ingenuitatẽ* non *allegare*)*melius fecerint si cognitionem circumduxerint*:ego quale sit sanè non intelligo. Cur non enim vltro arripere debeat bonus iudex occasionem pronunciãdi pro libertate aut ingenuitate per absentiam eius qui statu controuersiam faciebat? Ponimus enim nulla vrgente iusta causa abesse eum qui iudicio adesse si vellet posset & deberet. An non à fauore libertatis prorsus alienum illud est vt non possit pro libertate aut ingenuitate contra absentem pronunciare iudex, qui vt eadem lex subiicit pro pręsente contradictore contra absentem Stichum sine cunctatione iudicare posset?Cur deterior esse debeat cõdicio libertatis?An quia facilius possit succurri libertati contra sententiam quàm domino aut patrono contra sententiam & rem iudicatam simul? Atqui nihil potest dici iniquius, quàm vt tanto faciliùs lædatur libertas, quantò iustiùs per beneficium restitutionis posteà indemnis seruari possit *arg.l.vlt. C.in quib. caus.in integr.rest.necess.non est.* Illa autem ratio quæ sequitur *ne sine aduersario pronuncient ingenuum videri* prorsus ridicula est.Non enim absens videtur aduersarius qui per contumaciã abest,cùm eius absentia pro præsentia sit *Auth. qua in prouincia C.vbi de crim.agi oport.* Alioqui nec contra libertatem pronunciandum esset absente eo qui seruus dicitur aut libertinus,Nec rursum pro libertate etiamsi magna causa id suaderet ac euidentes probationes suggererẽt, quia non potest iudicium constare quin & actor aliquis sit & reus,& quidem vterque præsens aut præsentis loco habendus,vt diximus ad Princip. 4. *illat.4.Tit.1.*Denique si fieri potest vt etiam absens vincat is qui petitur in seruitutem aut in libertinitatem,vt scriptum est in fine legis,Quanto magis vincere debebit si præsens ipse sit,aduersarius verò non nisi per cõtumaciam absit? Planè si is qui pro sua libertate litigat desit,contradictor verò præsens sit, nemo dubitat quin sententia proferri possit.Sic enim lex ait *melius erit inaugeri causam eius sententiámque proferri.* Quo vel solo ex verbo *inaugeri* si quis Tribonianum non agnoscat,is certè meo iudicio Vlpianũ malè nouerit.Item ex eo quod sequitur *si enim liquebit contra libertatẽ dabit.*Scripsisset enim Vlp. *dabunt* cùm de iudicibus in plurali numero actum esset.Fuit autẽ is error frequẽs & familiaris Triboniano Gręco homini,quia plerũq;Græci verbũ singularis numeri iũgũt cũ nominatiuo plurali,quãquã nec id nisi præcedẽte nominatiuo neutrius generis.At neq;video cur de iudicibus hæc lex loquatur cùm de libertate & ingenuitate iudices nõ darẽ tur,sed magistratus ipsi cognoscere deberẽt *l.2.C.de pedan.iudic.*id est Consules in vrbe Præsides in prouinciis *l.4.D.si ingen.ess.dicet.*iunct.*l.5.C.vbi caus.stat.agi deb.*quod & Vlp.significat in *d.l.Diui fratres*,referens rescriptũ Diuorum fratrũ ad Proculũ & Munatiũ qui Cõsules fuerũt,quod & verba illa rescripti significant *vestræ grauitatis est.*Denique fuisse eam cognitionem iurisdictionis constat ex *l. neque 36. §. vlt.D. de fideic. libert.* At iudices dati non iurisdictionem sed iudicium exercebant. Quòd si ipsos quoque magistratus iudices dicere velis, saltem *maiores iudices* dicendi sunt vt in *l.non distinguemus 32.§.de liberali.De recept. qui arbitr.* O-

mnium verò maximè Triboniani inscitiam detegere mihi videtur, quod in fine legis scriptum est, *euenire autem potest vt etiam absens vincat, nã potest sententia etiam secundum libertatem ferri.* Quis enim tam stipidus est vt dubitet quin possit sententia pro libertate ferri eo casu quo possit etiam contra libertatem? Voluit proculdubio Tribonian. scribere *secundum absentem.* Nam illud vtique verum est posse sententiam pro absente quoque ferri si is bonã causam habeat *l.1.C.quomo.& quand d.ind.l.properandum* 13.§.*& si quidem cum seq.*C.*de indic.*Sed de his iam satis.

ILLATIO II.

Ingenuitatem non acquiri per adoptionem.

L.vlt. D.de stat. homin.

SEcundò ex eodem Principio fit, vt eum qui se libertinum esse fatetur nec adoptando ingenuum patronus facere possit *l.vlt. D de stat. homin.* quoniã scilicet ingenuum natura facit non adoptio: quæ licèt naturã imitetur *l.adoptio* 16.*D.de adopt.* tamen iuris commentum est *l.fideicommissum* 36. *De cond. & demonstr.*& imago quædam qua non potest ipsa naturæ veritas adumbrari *l.filio* 23.*De liber.& posthum.* Nec est contrarium quod Marcellus scribit *in l.sciendum.*32.*De rit.nup.* libertinum qui se ingenuo dedit adrogandum ingenui cura cõsequi in familia adrogatoris. Aliud enim est ingenuũ fieri, aliud verò consequi iura ingenuitatis in adrogatoris familia. Nõ fit hic ingenuus, sed manet libertinus, ideóque & à senatoriis nuptiis repellitur vt eadem lex ait, Et tamen non eo minùs in patroni sui familia ingenui iura consequitur, quia sic patronus voluit, quem proinde dubitandum non est hoc ipso ius suum patronatus amittere. Tunc enim ius suum nõ amittit, cùm libertus per obreptionem adrogatus est siue à patrono ipso, siue ab alio quolibet *l. liberto* 49.*D.de bon.libert.* Fit autem adrogatio per obreptionem quoties libertus suam condicionem celat *l.sed si hac lege* 10.§.*patronum* De *in ius vocand.* Multò minùs autem potest quis nudæ voluntatis mendacio eum qui reuera seruus est perducere ad ingenuitatem *l.1.C.de collus.deteg.* E contrario non læditur status liberorum ob tenorem instrumẽti malè concepti *l.Imperator* 8.*De stat.homin.l.Imperatores* 29.§.1.*de probat.l.*5.C.*de testam.* At nec per solos testes probari potest ingenuitas *l.2.C.de testib.* sed necessaria est probatio per scripturam quæ ob eam rem de cuiusque natiuitate fieri solebat *l.2.§.ætas autem D.de excus.tut.* item de cuiusque condicione *l.3.l.4.§. in seruis* D.*de censib.* licèt non ignorem alios ad *d.l.2.* aliter sentire.

L.sciẽdũ 32. D. de rit. nupt.

L. liberto 49.D.de bõ. libert.

L 1.C.de col lus.deteg.

L.2. de testi. l. imperator 8.D.de stat. homin.

PRINCIPIVM III.

De illo qui in vtero est habendo pro nato.

QVi in vtero est perinde habetur acsi iam natus esset, quoties de commodis ipsius quæritur, licèt alij antequam nascatur non prosit l.qui in vtero 7.l.qui in vtero 26.D.de stat.homin. Fit autem hoc non naturaliter, sed fictione iuris. Naturaliter enim verum est, non esse natum cum nec hominem dici posse qui adhuc in vtero sit *l.in falcidia* 9.§.1.D.*ad.legẽ Falci.* Vnde fit quod vulgò interpretibus placet, Si statutum de homine loquatur appellatione hominis non venire posthumum in vtero existẽtem, nimirum quia statutorũ verba naturaliter & propriè non ciuiliter & fictitiè sunt intelligenda, vt iidem interpretes vulgò tradunt. Fictio tamen hæc iure ciuili fuit inducta

L.qui in vtero 7. l. qui in vtero 26. D. de stat. homin. L.in falcidia 9.§.1.D. ad leg.falcid.

non

non tantùm fauore partus propter spẽ nascendi vt ait *l.1 in princip.* D. *de ventr. in poss. mitt.* sed etiam fauore reipublicæ, cuius causa facit, vt etiam fauorabilior partus quàm pueri condicio existimetur. Partui enim aliquando fauendũ est ob hoc ipsum vt in lucem producatur, Vt in edicto illo prætoris *De ventr. in poss. mitt.* Puero verò id est iam nato ad hoc solùm vt in familiam inducatur. Denique partus ratio habẽda est tùm etiam cùm nescitur certò cuius sit, quia non tantùm parenti nascitur cuius esse dicitur, verùm etiam reipublicę, vt eleganter inquit Vlp. in *d. l. 1. §. & generaliter.* Cùm verò nunquam lex fictionem inducat quin eius inducendæ non solùm iusta sed etiam necessaria aliqua causa subsit, quia fictio falsum quid & mendax est, *l. denique* 19. *ex quib. caus. maior.* lex autem mendacium abhorrere adeóque punire solet, *l. vlt.* D. *de rei vindic.* Nouell. 18. *De trient. & semiss. cap.* 10. *§. illud quoque*, videtur ciuilis legislator hãc fictionem inducere coactus fuisse potissimùm propter hereditates præsertim legitimas quas scilicet lex duodecim tabularum, Si suus heres non erit, proximo agnato defert, & quidem ita vt neque in suis, neque in agnatis successionẽ esse patiatur, nec rursus manere delationem in suspenso, sed inspecto præcisè mortis tempore in constituenda siue sui heredis siue agnati proximi persona *l. 1. & tot. tit. De suis & legit.* Itaque ne defuncti qui vxorem prægnantem reliquisset, frater superstes & iam natus proximum agnatum posset se dicere necesse fuit posthumũ haberi pro nato & sui heredis iure censeri ad impediendum ne alioqui hereditas fratri deferri posset. Idémque dici potest si ponas decessisse quem relicto fratre posthumo, & aliis fratribus iam natis. Nullam enim hereditatis partem habere posset frater posthumus si pro nato non haberetur. Sed facto testamento non idem induci & obtinere necesse fuit. Neque enim prohibetur institui persona quæ in rerum natura non sit, si modò speretur, nec pro non scripto habetur quod tali personæ relinquitur, vt in *l. quidam referunt* 14. D. *de iur. codicill. l. 4. D. de his quæ pro non script.* Hinc tamen factum est vt debuerit institui posthumus etsi pro nato habendus non fuit, aut saltem exheredari si fuisset præteritus, vtique agnoscendo patris testamentum rupturus erat, cui malo & periculo non aliter obuiam ire prudens pater poterat quã si cum testamẽto, vel institueret vel exheredaret, Postquàm inductum iã illud erat vt etiam post mortem patris natus, ei succedere ab intestato posset. Instituendi enim aut exheredandi fuerunt liberi omnes qui iure suo succedere ab intestato potuerunt. Itaque non dubito quin propter legitimas hereditates primùm hæc fictio fuerit introducta, non etiam propter testamentarias. Sciendum tamẽ est, eum qui in vtero sit ita demũ interim haberi pro nato si posteà nascatur. Nã si mater vel abortũ vel ostentũ fecerit nõ solùm nõ retrofingitur iã antè natus fuisse, sed & è contrario retrofingitur nũquam conceptus fuisse, licet fuerit re vera, nẽpe quia fictionis inducendæ causa cessat cùm nõ aliam ob causam partui fauendum esset quàm propter spem nascendi *d. l. 1. De ventr. in poss. mitt.* id est quod homo nasci speraretur, quo posteà nunquam nato, nec ratio vlla superest propter quam haberi debeat pro aliquando concepto *l. is cui ita* 18. D. *quand. dies legat. ced.* Omne namque ius hominum duntaxat gratia comparatum fuit *l. 2. De stat. hom.* hic autem nunquam homo fuit.

L. 1. De ventr. in possess. mittend. in princip. & in §. & generaliter.

Fictio nulla inducitur nisi ex necessitate.

Fictio nati partus qui adhuc sit in vtero inducta est ob legitimas hereditates, nõ ob testamentarias.

L. is cui ita 18. D. quãd. dies legat. ced.

ILLATIO I.

De legitimis hereditatibus, De iure postliminij, De vsucapione partus.

L. qui in vtero 26. D. de stat. homin. l. 1. C. de post lim. l. apud hostes 9. l. Diui 25. D. eod.
L. qui vas 48. §. ancilla D. de furt.

EX hoc igitur Principio illud primùm fit quod scriptũ est *in d. l. qui in vtero* 26. vt legitimæ hereditates etiam his qui in vtero sunt deferantur, Item vt si prægnans mulier ab hostibus capta sit, id quod natũ erit postliminium habeat acsi infans iam natus cum matre captus fuisset, id est iure proprio non iure postliminij paterni vt euenit cùm partus apud hostes cõceptus est *l. 1. C. de postlim. l. apud hostes* 9. *l. Diui* 25. *D. eod.* Item vt si ancilla prægnans subrepta fuerit, quamuis apud bonæ fidei emptorẽ pepererit, id tamen quod natum erit tanquam furtiuum vsum non capiatur *l. qui vas* 48. *§. ancilla D. de furt.* Denique vt libertus quoque quandiu patroni filius nasci potest eo iure sit quo sunt qui patronos habent.

Secundo ex eodem Principio fit, vt si qua fœmina conceperit libera, deinde ancilla pariat, is qui nascitur liber nascatur siue ex iustis nuptiis siue vulgo conceptus sit *l. & seruorum* 5. *§. ingenui D. de stat. homin.* de quo quia scripsimus latissimè & de sententia ac emẽdatione *l. Arescusa* 15. *& seq. De stat. hom.* quæ ad hunc tractatum pertinet *libr.* 20. *Coniect. cap.* 1. *& seqq.* plura hîc non dicemus.

ILLATIO III.

De iis quæ in iure constituta sunt fauore posthumorum.

TErtiò ex eodem supradicto Principio fit, vt generaliter dicã quicquid in iure nostro legimus constitutum fauore posthumorum, quoties id tale est quod & ad posthumi commodum pertineat, & non aliter constitui potuerit quàm habito priùs posthumo pro nato in necessarium antecedens. Vt in exemplis illis cernere est de quibus suprà diximus. Nam si posthumus nõ haberetur pro nato iã inde ab eo instãti quo lex defert agnato proximo hereditatem *si suus heres non erit*, nihil ei prodesset quod posteà nasceretur, & eo temporequo iam alteri delata hereditas esset. Non enim potest in suspẽso manere potestas legis quę ei soli defert hereditatem qui mortis tempore proximior reperitur. Videtur autem lex 12. tabul. ob eam causam vsa verbo futuri temporis non præsentis *si suus heres non erit* vt sufficeret suum heredẽ aliquem expectari, licet nullus adhuc esset. Similiter capta ab hostibus muliere libera non posset partus apud hostes editus quandocũque in ciuitatem reuersus habere postliminium ex propria persona nisi ex die captiuitatis maternæ, & iam natus & ciuis retrofingeretur. Nemo autem non videt quantũ ipsius intersit habere ius postliminij ex propria persona, vt si fortè solus id est sine patre & matre fortassis iam defunctis reuertatur ab hostibus pristina omnia ciuitatis iura recuperet, quæ alioqui non recuperaret *l. 1. C. de postlim.* Similiter si ancilla pręgnãs subrepta sit & pepererit apud bonę fidei emptorẽ, posset partus vsucapi tãquã non furtiuus si ex die furti pro nato nõ haberetur. Dices nullũ in eo partus cõmodũ esse cùm æquè fiat vt nascatur maneátq; seruus. Quid enim ipsius interest an huius domini seruus sit an illius? Imò dicere solemus rei vitiũ esse quòd furtiua sit, & ob eã causam vsucapi non possit *§. sed tamen & §. alijs quoque modis infr. D. vsucap. l. interdum* 56. *§. si*

res

res peculiaris D. *de furt.* Respondeo, cùm de seruis agimus non personã serui qui iure ciuili pro nullo est inspici solere, sed personam domini propter quẽ solum de hoc ipso quærimus, an pro furtiuo habendus sit necne. Apparet autem interesse domini vt pro nato habeatur qui in ancillę vtero est tunc cùm ancilla subripitur, vt furtiuus credatur ideóque vsucapi prohibeatur. Proinde distinguendus est hac in re liber partus à seruo. Alioqui cur obsecro ius ciuile seruũ posthumũ haberet pro nato, aut eũ qui in ancillæ subreptæ vtero sit, quẽ etiã verè natum habet pro nullo? Imò verò interest quàm maximè partus qui in ancillæ vtero est, vt quandiu mater ancilla est non habeatur ille pro nato, nimirum ne prohibeatur nasci ingenuus si fortè cõtinget matrem fieri liberam aliquo vel vno instanti. Nam si durante seruitute intelligeretur iam natus, vtique non nisi pro seruo haberi posset, atque ita fieret vt quamuis posteà mater libera pareret, non tamen ingenuus hic nasceretur, sed libertinus, quippe qui aliquando seruus fuisset. At ipsius quàm maximè interest vt non tantùm liber sed etiam ingenuus nascatur. Ideóque si vel vno temporis momento mater quæ ancilla concepit, libera facta sit, dicimus partũ exinde pro nato haberi vt quãdocunque natus licet ex matre quę ancilla quoque pepererit, liber nascatur & ingenuus, qui pręuidet lex fieri posse vt mater quę medio tempore libera reperitur possit recidere in seruitutem, atque ita serũ parere, si non ita ius cõstitueretur vt partus hic ex primo instãti libertatis maternæ pro nato haberetur, vt libertas exinde cõpetẽs intercidere nũquã posset. Quę enim semel cõpetiit nunquã retractatur, vt diximus ad Princip. 2. *illa. 2. tit. praec.* Porro vt libertas exinde cõpetiisse intelligeretur non potuit lex facere ne quidẽ per fictionem, nisi illa priùs fictione inducta vt partus hic ex eo instãti pro nato & edito haberetur. Nam cùm liberum esse vel seruum qualitas sit & differentia hominis vt sæpe iã diximus, priùs necesse fuit haberi hunc pro homine quàm vt pro libero haberi posset. Propter quã causam inter veteres dubitatum fuisse refert Iustin. *in l. cùm inter* 14. C. *de fideic. libert.* an ei qui in matris ancillę vtero esset libertas non quidẽ directa, sed fideicõmissaria dari posset. Quãuis enim ex vna parte fauor libertatis maximè vrgeret, ex altera tamen videbatur fieri non posse vt quis liber fieret priusquàm esset homo, nec rursus vt dilata libertate in tẽpus natiuitatis liber natus videretur qui natus esset ex ea ancilla, quæ libera nũquam fuisset. Liberum enim nasci nihil aliud est quàm ingenuum nasci, vt diximus Princip. præcedente. Ingenuũ verò sola natura non manumissio facere debet. Nec sanè memini alio vllo iuris loco aut prudentibus aut Imperatoribus in mentem vnquam venisse, vt dicerent vel constituerent liberum & ingenuum vllo casu nasci eũ quem mater perpetuò serua peperisset, aut libertatẽ siue directã siue fideicõmissariã ei dari posse quãdiu in vtero esset, matre ipsa serua manẽte. *arg. l. vlt.* C. *de liber. caus.* in postremis illis verbis *aut libertate cum lucis auctoribus frui.* Longéque diuersum est quod Vlp. scribit in *l. generaliter* 24. §. *seruo eius De fideic. libert.* seruo eius qui nondum in rebus humanis est libertatem rectè per fideicõmissum relinqui. Aliud siquidem est in vtero esse seruũ cui libertas datur, siue directa, siue fidecõmissaria, Aliud verò in vtero esse dominum serui. Nihil enim hoc impedit fideicommissariam libertatem, cuius nimirum datio dilata intelligitur in id tempus, quo dominus natus erit. Tantique momenti hæc ratio est vt quamuis Iustin. *in d. l. cùm inter*, libertati

§ *sed tamen* & §. *alijs quoque modis infr.* De *vsucap. l. interdum* 56. §. *si res peculiaris* C. *de furt.*

L. cùm inter 14. C. *de fideic. libert.*

L. vlt. C. *de liber. caus.* *L. generaliter* 24. §. *seruo eius* D. *de fideic. libert.*

in hac quęstione supra modum fauere voluerit, nõ tamen ausus sit constituere, neque verò potuerit vt priùs esset partus liber quàm homo, sed tãtùm vt libertatem cum sole respiciat, id est vt eodẽ instanti quo fit homo, sit etiam liber ex pręcedenti datione libertatis. An ergo poterit interim, id est quandiu in vtero partus est, libertas reuocari & adimi, quasi quæ nondum competat? Minimè. Id enim est quod Iustin. ait *suam firmitatem habere siue in masculo, siue in fœmina qui quaue adhuc in ventre vehitur.* Habet igitur eum Iustinianus pro nato ex ipso instanti præstitæ libertatis siue directæ, siue fideicommissariæ, perinde acsi matrem eo instanti liberam habuisset, quæ postmodũ ancilla peperisset: Facitque ius nouum non in eo quod habet eum pro nato vt haberi possit pro libero, sed eo quod vult & pro nato & pro libero eum haberi priùs etiam quàm nascatur quamuis & conceptus & editus sit ex ea matre quæ nullo vnquam instanti libera fuerit. Alioqui sanè non nasceretur ingenuus, si vel vno momento post momentum suæ natiuitatis libertatem cõsequeretur. Dices, Cur non ergo idipsum iam obtinebat iure vetere vt libertas ei qui adhuc in vtero esset dari posset, in eámque rem partus pro iam nato haberetur, cùm in ea re tam magnum ipsius commodum versaretur? Respondeo, nõ potuisse id fieri ex mera iuris ratione, quia libertas hæc quam Iustinianus confirmat, non à natura, sed ab hominis facto & liberalitate proficiscitur, si non directam proponas, sed fideicommissariam. Atqui eo instanti quo datur illa ab homine, fatendum est liberum nondum esse eum cui datur. Quo enim iure liber esset qui ex ancilla perpetua conceptus fuisset? Aut quomodo magis liber fieri posset, qui iã liber esset? Rursus nec ante illud instans, quo libertas datur, haberi potest pro nato, quia vt iã dixi, eius dãno & incommodo potiùs id cederet si haberetur pro nato eo tempore quo si natus esset, seruus esset: siquid em ingenuus posteà nasci nũquã posset. Ergo si velis eum haberi pro nato, necesse est id fieri vel eo instãti quo incipit datio libertatis, vel posteà. Eo ipso instãti, non potest. An quia sicut intellectus, ita & temporis ordine prius sit, vt qui in vtero est habeatur pro nato, quàm vt pro libero? Minimè. Vtrũq; enim fit in eodẽ instãti, cùm ea quę ancilla cõcepit postea fit libera, adeò vt si ponas non nisi vno instãti liberã fuisse quãdiu prægnãs fuit, non eo minùs tamen & liber & ingenuus ex ea filius nascatur, quia cùm naturalis sit illa libertas, nec nisi iuris fictione indigeat, fictio illa vtique inducitur vnico instanti. Ratio igitur est quia libertas ab homine dari non potest vno instãti, quoties factum hominis interuenire necesse est, quomodo euenit in libertatibus omnibus fideicommissariis, sicut nec in instãti fit quicquam aliud eorum omnium quæ tempus, id est cõtinuam plurium instantium successionem requirunt, in quorum genere manumissionem esse nemo ambigit. Porrò lex sicuti non potest partum habere pro edito nisi quatenus id partui fauorabile est propter libertatem, ita nec fictionem hanc inducere potest primo illo instanti quo incipit fieri manumissio, quia eo instanti libertas fideicommissaria nõdum competere potest, tanquam nondum facta manumissione. Et consequenter verum est, eo instãti adhuc seruum fore hunc cui fideicommissaria libertas relicta fuit, si tum nasceretur. Iam autem diximus, interesse ipsius, vt quãdiu seruus futurus esset, pro nato non habeatur, pręsertim verò vt ingenuus nascatur, & præterea nõ posse eũ fieri liberũ quãdiu nec natus est, nec habẽdus pro nato, quia liberum

rum esse qualitas est hominis quę non potest esse sine suo subiecto. At rursus si pro nato eum haberi velis postquã plenè facta, impleta & absoluta manumissio est, nihil egeris, quoniam serum erit auxilium legis & sera fictio si iudicatur eo tempore aut vt meliùs loquar, eo instanti quo manumissio iam inutiliter facta sit. In omni enim actione siue naturæ illa sit, siue iuris, necesse est potestatem agendi ex parte agentis, cum potestate patiendi & suscipiendi ex parte patientis & suscipientis concurrere: Alioqui aut agentis aut patiẽtis defectu, nihil prorsus agi necesse est. Itaque cùm iuris ratio non solùm non faceret, sed etiam repugnaret quominùs huic seruo in vtero existenti libertas fideicommissaria dari posset, necessaria fuit autoritas constitutionis Iustinianeę, quę hũc faceret liberũ ipso iure & sine manumissione (quomodo enim siue vindicta siue qua alia ratione manumitti posset is qui in vtero adhuc esset?) non secus quàm si directam libertatẽ à defuncto meruisset. Hac sola differentia quod illo casu esset libertus, nullius aut quod idem est orcinus, *l.3.§.planè De legit.tutor.& apud Vlp.tit.2.§*.8. Hoc verò patronum habet eum à quo debuit ex fideicõmisso manumitti. Sic enim accipio quod in *dict. l.cùm inter*. Iustinianus directam libertatem & fideicõmissariã æquiparat illis verbis *censemus & fideicommissariam necnon directam libertatem suam firmitatem habere*. Nam si quis ita acceperit vt Iustinianus nouum ius faciat, tã in directa quàm in fideicõmissaria libertate is proculdubio errauerit, cùm ex principio legis appareat non nisi de fideicommissaria libertate inter veteres dubitatum fuisse: sicut & ex ea iuris veteris ratione quàm attulimus, apparet de directa dubitari nullomodo potuisse. Etsi enim ab homine relinquitur illa perinde ac fideicõmissaria, tamẽ nõ ab homine præstatur, sed à lege hoc ipso, quod vltimã defuncti hominis voluntatem confirmat, vt ex Vlpiano sępius iã monuimus. Lex autem eam voluntatem confirmat in instanti, ob idque dicitur libertas directa competere non dari aut pręstari. Ac proinde nihil vetat quominùs eodẽ instãti & pro nato & pro libero hic partus habeatur, matre quoque ancilla manente. Non valde dissimile illud est, quod si ancilla morã in libertate fideicommissaria passa sit non idcirco libera sit statim ex die moræ, sed ex quo tãtùm pręsentibus aut saltem euocatis omnibus qui morã fecerunt, pronunciatũ est per prætorẽ vel pręsidẽ, libertatẽ deberi *l. cùm verò 26.§ subuentum l.si eum seruum 28.§ si quis seruum D.de fideic. libert l.ancillam* 15.*C.eod*. Et interim verè serua est *l.si quis seruo* 84. *De leg.2 l.non est cogendus* 53 *D.ad SC.Trebell*. Filius tamen ex ea medio tempore natus ingenuus esse intelligitur acsi ex libera natus esset *l.1.§.1.D.de suis & legit.l.cùm libertatem* 3.*C.de fideic.liber*. nec tãtùm si dolosa libertati mora facta sit, sed etiã si fortuita, Vt puta ob non repertas ante filij natiuitatem tabulas quibus mater fideicommissariã libertatem acceperat *d.l.cùm verò 26.§.apparet eod*. Nẽpe, quia libertas fideicõmissaria matri debita exigit factum manumittentis, in cuius vicem succedit factum & autoritas magistratus, vt & aliàs plerunque factum iudicis est factum partis *l.1.C.si in caus.iudic.pign.capt.sit.l.si ob causam* 13.*C.de euict*. At libertas adeóque ingenuitas quã haberet filius si fideicommissarię libertati matris mora facta non esset, à natura esset non ab homine. Meliorem igitur filij quàm matris hac parte condicionem esse æquum fuit, licèt in hanc rem fuerit necessarium auxilium cõstitutionis ad succurrendum filio, vt loquitur *d. l. cùm libertatem*, qui scilicet alioquin, ex iuris & naturæ

L.cùm verò 26.§.subuẽtũ l.si quis seruũ De fidei. libert.l. ancillam 15. C. eo. L. si quis seruo 84. de legat.2.l.nõ est cogendus 53.D adSC. Treb.

L.1.§.1.D.de suis & legit. l.cùm libertatem 3.C. de fideic. liber.d.l. cùm verò §.apparet

legibus non nisi seruus ex ancilla nasci potuisset. Non enim debuit iniuria matri facta, aut ipsius calamitas si mora fortuita fuit, ei nocere qui in vtero tùm fuisset *d.l.5.§.ingenui De stat.hom.* iunct.*l.si per imprudentiam* 51. *D.de euict.l.exceptione* 67.D.*de fideiuss.*

De filio patroni habendo pro nato vt libertum habeat.

POstremum exemplum, quod adfert Iulianus in *d.l.26. De stat.hom.* vt ostendat eum qui in vtero sit haberi ferè semper pro nato, illud est, quod libertus quandiu patroni filius aliquis nasci potest, eo iure est quo sunt qui patronos habent, Nimirum quia ad eius qui in vtero est commodum maximè pertinet vt habeat libertum. Etsi enim dici solet non esse locupletiorem eum, qui libertũ adquisijt *l.nemo* 126.§.1.*De reg.iur.* quia libertus cùm sit liber in bonis nostris nõ est *l.1.§.si id quod datur De oblig.& act.* iunct.*l.rẽ in bonis* 52. *De acquir.rer.dom.* interest tamen nostra libertum habere, propter operas, spem succedendi, aliáque huiusmodi iura patronatus, vt dicemus ad *tit.seq.* Atqui non retineret posthumus libertum paternum, si interim ipse pro nato non haberetur: quia nõ potest quis dici libertus nisi ex comparatione patroni cùm sint ista correlatiua, quorum posito vno necesse est poni alterum, sublato vno tolli alterum. *l.1.C.de cupress.lib.11.tit.vlt.* qui autẽ semel habere patronum desiisset, posteà nato patroni filio rursus in libertinitatem recidere non posset. Mirum igitur non est patroni filium hoc casu haberi pro nato.

L.nemo 126. §.1.*De regu. iur.*

Denique in eo qui liber nasciturus est dici potest quod Paulus scribit in *d.l.7.De stat.hom.* haberi eum pro nato quoties de ipsius commodo agitur. Sed si tã generaliter loqui velimus vt is etiã qui seruus nasciturus est cõprehendatur, quia de proprio ipsius commodo tractari eo casu nihil potest, ad cõmodũ domini referẽda res est vt pro nato habeatur quoties domini vtilitas id exigit, vt in exẽplo illo quod explicauimus, De partu ancillæ subreptæ apud bonę fidei possessorẽ. Propter has autẽ causas Iulian' in *d.l.26.eo.* tractãs nõ tãtùm de libero partu, de quo Paul', sed etiã de seruo, cùm scriberet eos qui in vtero sũt intelligi in rerũ natura esse, nec posset adiicere quod Paulus adiecerat *quoties de cõmodis ipsius partus quæritur*, (quia seruo id nõ cõueniebat) adiecit quod Paulus adiicere non potuit *in toto pene iure ciuili*. Propositio nãque à Paulo tradita quoniã & ad partum liberum & ad eas causas in quibus de liberi partus commodo agatur, coarctata est, nullã prorsus recipit exceptionem. At propositio Iuliani quia generalis est ad partum quemlibet & ad causas quaslibet pertinens non potest generaliter vera esse, sed vt cæteræ propositiones generales ferè omnes, patitur suas exceptiones. Illam verò si non fortasse vnicã, saltem præcipuam, vt locum non habeat in partu libero si de ipsius partus commodo non agatur, Multò minùs verò in eo qui seruus nasciturus sit, si domini vtilitas id nõ postulabit. Quod non satis animaduersum est ab interpretibus qui vulgo vtrumque locum sic accipiunt, quasi eadem omnino sit sententia Pauli & Iuliani.

L.7.& l.26 D. de stat. homin.

Illud sanè mirum est quod vterque Iurisconsultus sic loquitur vt dicat eos qui in vtero sunt in rerum natura esse intelligi, quasi verè non sint, quod tamen falsum est. Fateor non esse illos in hominum natura, quia non sunt homines priusquàm sint editi *d.l.in falcidia 9.in fin.*D. *ad leg.falcid.* Sed dico non

eo non eo minùs esse illos in rerum natura, adeò vt propter spem nascendi eorum quoque ratio habeatur *l.2. De mort.infer.l.1. D.de ventr.in poss. mitt.* nec dubitauerit Tertull.in apologet. scribere, hominem esse etiam qui est futurus, & fructum hominis esse iam in semine, licèt interim pars viscerum matris esse existimetur *l.vlt.C.de liber.caus.* Itaque fatendum est vel minùs exactè minúsque propriè hîc locutos fuisse Iureconsultos, vel ideò sic locutos quia non tam de partu quàm de persona tractabant. Relatiuum enim illud *qui* non solùm est relatiuum substantiæ, sed etiam personæ, Persona autem ipsa cùm nulla dum sit, ne quidem in rerum natura esse intelligitur. Prius enim est vt sit persona quàm vt ea in rerum natura esse dici possit, Imò nec aliud quicquam est personam in rerum natura esse, quàm esse simpliciter.

Partus nondum editus in rerũ quã uis nõ in hominum natura est.

CONFVTATIO I.

De iis quæ iure ciuili constituta sunt fauore posthumorum non quasi natorum, sed quasi nasciturorum.

EX eo autem quod dicimus, Partum quandiu in vtero est, re vera esse in rerum quamuis non etiam in hominum natura, illud consequens fit, vt fictio illa iuris quæ est necessaria ad hoc vt habeatur pro nato, non si etiam necessaria ad hoc vt habeatur pro nascituro. Vt enim sit nasciturus tandémque nascatur is qui iam in vtero est, fit naturaliter, nec tantùm ex ratione, sed etiam ex necessitate naturæ, si non faciet mulier abortum aut ostentum, Quos casus tanquam abominabiles, & extra naturæ ordinem positos non priùs lex curat, quàm ex eorum euentu appareat totam nascendi spem interci disse. Et ad hoc referenda sunt ea omnia quæ in iure nostro de posthumis scripta legimus, siue ipsorum, siue aliorum fauore, non quia pro natis habendi sint, sed quia nasci possint. Eiusmodi est, quod ait *l.si quis prægnantem* 187 *De reg.iur.* non videri sine libeberis decessisse eum, qui vxorem prægnantem reliquerit. Et intelligendum mortis tempore fuisse eum qui in vtero fuit *intelligendus* 153. *De verb. signific.* Non enim illæ leges rationem hanc habent, quod posthumus hic pro nato habeatur, sed quia citrà fictionem vllam nasciturus est. Idque ex eo apparet euidentissimè quod cùm non habeatur posthumus pro nato nisi cùm de proprio ipsius commodo agitur vt diximus, ita vt non prosit patri siue ab onere tutelæ, siue à reliquis muneribus ciuilibus ob numerum liberorum excusari velit *l.2.§.qui autem in ventre est D.de excusat.tutor.* hic tamen prodest patri siue fuerit fideicommisso grauatus pater sub ea condicione *si sine liberis decesserit d.l.si quis prægnantem.* Siue legatum aut fideicõmissum patri relictum sit sub ea condicione *si liberos habebit.* Nam is cui ad tempus liberorum aliquid relictum fuit si vxore prægnãte decesserit ad heredem suum transfert legatum *l.sed etsi ad tempus* 20. *D.ad SC. Trebell.* Intelligitur enim expleta iam condicione decessisse si tamen posthumus natus fuerit, inquit Iulianus in *l is cui ita legatum* 18. *D.quand. dies legat. ced.* iunct. *l.2.§.si quis ex libertis D.ad SC. Tertyll.* Nam legati condicio non illa fuit *si filium natum relinqueret*, quo casu vtique non haberetur posthumus pro nato, nec faceret vt videretur pater impleta condicione decessisse, sed illa *si liberos haberet.* Habet autem qui relinquit vxorem prægnantem, quia licèt

L.si quis prægnãtem 87. De reg.iur. L.intelligendus 153. De ver signific. L.2.§. qui autẽ in ventre est D.de excusat.tut.

L.etsi ad tẽpus 20. D.ad SC.Trebell. L.is cui ita legatum 18. D. quand. dies legat. ced.l.2.§.si quis ex liberis D. ad SC.Tertyll.

necdum natus sit posthumus, nec habendus pro nato, aliquãdo tamen nascetur, nec alia de causa nascetur, quàm quia iam ipso paternæ mortis tempore in vtero fuit. Nec est quod quis dicat haberi in ea specie posthumum pro nato quòd de ipsius quoque commodo agatur, quódque ipsius intersit acquiri legatum patri cui verisimiliter sit ipse heres exiturus, siue ex testamento, siue ab intestato. Verba enim vtriusque legis generalia sunt, nec distinguunt an ipse posthumus an alius patris heres sit. Imò quod Vlp. ait in *d. l sed etsi, ad heredem suum transferet legatum*, ostendit de alio potiùs quàm de posthumo herede illum sentire, alioqui scripsisset *ad posthumum suum* si in extraneo herede testamentario id locum habere noluisset. Quid enim vetabat, vel exheredatum fuisse posthumũ saltem bona mente, quod olim frequentissimũ erat *l. multi* 18. D. *de lib. & posth.* vel institutum ex aliqua parte hereditatis, aut vt ex interpretum traditionibus hodie fieri solet in portione legitima, Ex reliqua verò hereditate, & consequenter ex legato patri sub condicione liberorum relicto, extraneum heredem scriptum esse, An eo minùs expleta condicione pater decessisse videretur, quòd extraneum heredem reliquisset?

CONFVT. II.

Cur posthumus faciat deficere condicionem, Si sine liberis.

SImilis eorum error est qui in contraria specie, id est cùm quis legato vel fideicommisso grauatus fuit sub ea condicione *si sine liberis decesserit*, volunt quidem posthumũ facere vt deficiat condicio, Sed hac ratione, inquiũt, quòd habeatur pro nato, indéque inferunt liberos in cõdicione positos hoc ipso censeri ex fideicommisso vocatos, quoniã non aliter pro nato habẽdus esset posthumus, quàm si de ipsius proprio commodo ageretur. Sic enim plerosque ex recẽtioribus video ratiocinari. Parũ subtiliter. Nã vt posthumus faciat deficere huiusmodi condicionem non ex eo proficiscitur, quòd habeatur pro nato, sed quia speratur nasciturus, & aliquãdo futurus homo qui iam est in vtero, licèt necdum natus sit, nec habendus pro nato. Ideóque licèt proponas eum à patre exheredatum, aut aliter ab iis bonis fideicommissariis siue patris iudicio, siue propria voluntate exclusum, siue etiã ex testamento eius qui fideicommissum reliquit, puta dato alio substituto in eum casum quo pater hic cum liberis moreretur, non eo minùs excludetur per condicionis defectum is qui fuerat substitutus sub condicione *si sine liberis l. filiusfamilias* 114. *§. cùm erit rogatus De legat.* 1. *l. generaliter* 6. C. *de instit. & substit.*

l. filiusfamilias 114. §. cùm quis de legat. 1. l. generaliter 6. §. 1. C. de instit. & substit.

CONFVTATIO III.

Cur posthumus qui est in vtero sit instituendus vel exheredandus.

ERrant etiam similiter qui interrogati, Cur posthumus sicut & filius iam natus instituendus sit, vel exheredandus, Rationem illam adferunt quòd habeatur pro nato, cùm de ipsius commodo agitur, Quodnã enim posthumi commodum est, vt exheredari possit? Imò verò etiã vt instituatur? Siquidem huic iuris sollennitati satisfieri potest instituto posthumo, vel ex minima hereditatis parte, qui tamen si institutus non esset, totã hereditatem ab intestato erat

to erat habiturus. Non igitur fauore posthumi fit vt institui possit, aut exheredari, sed fauore patris qui si posthumum præteriret, non satis securè testaretur, Non quòd interim testamentum non valeret, sed quia in eo esset, vt agnatione posthumi rumpi posset, tanquam agnatione sui heredis *l.1.3.& tot. tit. D. de iniust. rupt. §. posthum quoque infr.* *De exher. liber.* Ex quo intelligimus posthumum hunc non haberi pro nato. Nam si haberetur, vtique testamentũ b ini tio esset nullum, & iniustum pręteritione posthumi perinde ac pręteritione filij iam nati quod falsum est *d. l.1. De iniust. rupt.* Non enim facit testamentum iniustum, sed illud rumpit, Rumpi autem non posset testamentũ quod esset ipso iure nullum *l. nam etsi 5. eod.* Sed & quamuis filius iã natus non possit institui sub condicione siue casuali siue mixta, sed sub ea tantùm quæ sit potestatiua, *l. 4. D. de hered. inst. l. filius 15. l. vlt. D. de condic. instit.* posthumus tamen potest, hactenus nimirum vt non eo minùs valeat institutio si modò ante posthumi natiuitatem impleta condicio sit *l. cùm posthumus 22. iunct. l. posthuma 24. De lib. & posthum.* Denique posthumus tunc demum incipit loco eius esse qui superstes est, cùm iam natus est, vt loquitur Pomponius in *l. si primo 8. eod. tit.* Non ergo tũc cùm adhuc in vtero est. Quinimò est ille in quibusdam melioris condicionis quàm filius iam natus. In eo præsertim quòd si à primo gradu pręteritus sit, à secũdo verò exheredatus, rumpendo primum gradum facit sibi locum & succedit, tanquam rupto toto testamento, cùm tamen filius iam natus sequentem gradum à quo præteritus est, valere patiatur *d. l. nam etsi.* De *quo dicemus latius ad ti. De exher. liber.* Tãto magis igitur apparet posthumum non haberi pro nato. Dices posthumum non alio iure rumpere patris testamẽtum in quo præteritus fuit quàm quod nascatur suus heres. Suum verò heredem intelligi non posse nisi habeatur pro nato ex quo saltem instanti pater incipit mori, vt possit induci continuatio illa dominij ex qua potissimum ius sui heredis æstimatur *l. in suis 11. D. de liber. & posthu.* Respõdeo nec esse nec intelligi posthumum suum heredem quo instanti pater moritur, sed nasci suum heredem, id est incipere tùm esse suum heredem, cùm nascitur, in eóque natiuitatis non conceptionis aut medij temporis instans spectari. Posthumum enim suum diffinimus eũ qui natus inter suos testatori futurus heres est, id est qui suus futurus erat si viuo patre natus fuisset *l. posthumo 11. C. de collat.* qui nec antequàm sit natus videri potest in patris familia & potestate fuisse *l. vlt. D. de collat. bonor. l. vlt. §. 1. De adsig. libert.* Nemo autem suus heres est, qui non sit in familia & potestate *l. scripto 7. D. vnd. liber.* Patria siquidem potestas patris commodum est non filij, nec nisi respectu patris dicitur inæstimabilis *l. filiusfamilias 114. §. Sed si liberos De legat. 1.* Filio namque prodest solùm quod ad ius sui heredis, Quo respectu sicut lex 12. tab. habet posthumum pro nato vt iure sui heredis impediat ne ei qui alioquin proximus agnatus foret deferri possit hereditas, ita & habet illum pro eo qui sit in potestate. Sed quod ad causam collationis attinet, nil necesse est eum, qui in vtero sit haberi pro nato, aut in potestate, quia non fit eius cõdicio per moram deterior, id est quamuis expectetur tempus quo nascetur. Sicut è contrario ille alienus posthumus est qui natus inter suos heres testatori futurus non est, vt Iustinianus ait in *§. posthumo quoque Inst. de lega.* & nos pluribus explicauimus *ad l. Gallus De li. & post. li. 9. Coniect. cap. 1. & seqq.* Itaque nõ dicimus pręteritione posthumi

L. 1. l. nam etsi 5. De iniust. rup.

L. cùm posthumus 22. l. cùm posthuma 24. D. de liber. & posthum. L. si primo 8. eod. tit.

L. posthumo 11. C. de collat. l. vlt. D. eod. §. posthumo quoque Inst. de legat.

rumpi testamentũ,se agnatione,Et posthumum cùm nascitur suũ heredem dicimus,quia si testamẽtũ nõ obstaret,lex duodecim tabularũ deferret ei hereditatẽ ab intestato.Est enim sui heredis nomen vsurpatũ à lege duodecim tabularum in ea parte qua cauit De legitimis hereditatibus. Quãquã si pergas quærere, cur aut quomodo lex duodecim tabularum deferat hereditatẽ legitimam ei qui nondum natus est,Respondendum erit quod iam diximus id fieri quoniam habet eum pro nato,*d.l.7.& 26.De stat.hom.* Ex eo autem quod lex eodẽ loco & iure habet posthumũ quandiu in vtero est quo filiũ iam natum quod ad legitimas hereditates siue de paterna,siue de transuersali agnati hereditate agatur, factum illud est,vt quemadmodum interpretatione prudentum ad legem duodecim tabularum inductum fuit ius illud De liberis iam natis necessariò instituẽdis vel exheredãdis,Ita & de posthumis qui sui nascituri essent,idem placuerit, Ne factum testamentum noceret ei qui in vtero esset,quem tamen nullo facto testamento lex habitura esset pro nato. Idque tantò magis quòd posthumus præteritus per obliuionẽ potiùs quàm certo iudicio præteritus videri deberet,vt dicem⁹ ad *ti. De exher.liber.*

CONFVTATIO IV.

De posthumo partem faciente.

IDem eorum error est qui putant posthumum siue heres institutus sit, siue legatum,aut quid aliud ex testamento acceperit,ideò partem facere prius etiã quàm nascatur,quòd interim habeatur pro nato.Nã imòverò ideo partẽ facit quod habetur pro nascituro,id est quia nasci potest.Inde nãq; fit vt si Titio & posthumis legatũ sit,nõ nato posthumo Titius totũ vindicet, Sed etsi testator Titio & posthumis viriles partes dari voluisset vel etiã id expressisset,totũ legatũ posthumo nõ nato Titio debeatur *l.si duobus 16.§.vlt. De legat. 1.* quod vtique falsum esset si testamenti aut mortis tempore iam conceptus posthumus haberetur pro nato. Sic enim fieret vt partes ab initio factæ viderentur, quæ res impediret ne ius adcrescendi locum habere posset,quoniam inter eos qui ab initio partes habuerunt nunquam locus est iuri adcrescendi *l.planè 34.§.si coniunctim eod.* sed inter eos tantùm qui partem faciũt per concursum *§.sed si in pupillari d.l.planè l.coniunctim 83.l. re cõiuncti 89.* in illis ver. *quia semper partes habent legatarij* De legat.3. Ne alioqui videatur lex liberalior testatore si totum ei det cui testator non nisi partem dederit *l. facta 63.§.si sub cõdicione l.debitor 59 in fine principij* D.*ad SC.Treb.* At quia posthumus non ideo partem facit quòd habeatur pro iam nato, sed quòd sit nasciturus,aut vt meliùs dicam,quòd nasci & possit & speretur, inde fit vt si nõ nascatur,nũquam partem collegatario fecisse videatur, sed totum ad collegatarium pertineat quasi ab initio solido ei relicto,vt Caius loquitur in *l.vtrum 7.in princ.*D.*de reb.dub.* Quòd si quis quærat, Cur habeatur pro nato posthumus in causa intestati,potiùs quàm in causa testati,Respondebo quia nec necesse est vt in causa testati fictio inducatur & habeatur ille pro nato cùm sufficiat quod nasci possit. Voluntas enim hominis legantis posthumo cõfertur apertè in id tẽpus quo posthumus nascetur,nihilque prohibet quominùs in id tempus conferatur,& differatur,cùm sola volũtas habeatur pro lege,nec priùs cedat dies legati quàm posthumus natus sit,quasi relictum ei sit sub condicione *si nascetur d.l.si duobus §.vlt.de leg.1.d.l.vtrum 7.* D *e reb. dub.*

l.si duobus 16.§.vlt. de legat.1.

l. planè 34. § si coniunctim & seq. eod.

l.coniũctim 83 l. re coniuncti 89.de legat.3.

l.facta 63. §.si sub condicione l.debitor 5. in fine principij ad SC.Treb.

l.vtrum 7. in princi. D. de. reb.dub.

dub. iunct. *l. vsusfructus 26. D. de stipulat seruor. l. si in personam 21. C. de fideicom.* At in causa intestati necesse est haberi posthumum pro nato, quia potestas legis operatur statim & primo instanti nec in suspenso tantisper manere potest, nisi cùm verba legis sic concepta sunt vt habeant temporis tractũ, quomodo contingit in senatusconsulto Tertylliano *l. 1. §. si quis adita l. filij 6. §. 1. D. ad SC. Tertyll.* Sicut & eadem legis potestas vnica delatione consumitur, nec admittit vt vel in suis, vel in agnatis sit successio *l. 1. §. sciendum de suis & legit. §. placebat De legit. agnat. successi.* At delatio quæ fit ex voluntate testatoris tractum habere potest *l. fideicommissa 11. §. hoc autẽ legatũ de legat. 3. l. vbi purè 19. in prin. l. epistolam 75. §. 1. D. ad SC. Treb l. 3 l. 5. D. quib mod. vsusfr. amitt. l. licet 23. De vsufr. legat.* Illud tamẽ vtriusque causæ & testati & intestati commune est, vt siue posthum⁹ pro nato habeatur, siue nõ habeatur, interim tamẽ partẽ faciat pro eo numero posthumorũ qui nasci potest, Possunt autẽ naturaliter, & citra portenti speciẽ nasci ex vtero vno tres posthumi, Interim igitur coheres aut collegatarius iam natus quartam duntaxat partem habebit *l. antiqui 3. D. si pars hered pet. l. sed etsi 28. §. vlt. D. de iudic. d. l. vtrum De reb. dub. l. si pater 36. D. de solut.* Quæ etiã ratio est, vt vno tantum posthumo exheredato venter tamen mittendus sit in possessionem quia multi nasci possunt *l. 1. §. quare de vent. in poss.*

L. 1. §. sciendum D. de suis & legit. §. placet at Inst. de legi. agnat. success. *L. 3. D. si pars hered. petat. l. sed etsi 28. §. vl. C. de iudic. l. si pater 36. C. de solut.* *L. 1. § quare de ventr. in possess. mitt.*

Eum qui est in vtero haberi pro nato prius quàm sit animal.

ADeò autẽ qui in vtero est habetur pro nato, vt ex quo conceptus est ea fictio inducatur, licèt nondum sit animal, cùm secundum philosophos medicos & theologos aliud sit instans conceptionis, aliud quo anima infunditur in corpus. Sufficit enim eũ cui lex tãquã nato defert legitimã hereditatẽ, aut bonorũ possessionẽ prętor, conceptũ fuisse tẽpore mortis vt pro nato habeatur. Itaque demũ dicitur nondũ animal fuisse tẽpore mortis, qui tùm nõdum cõceptus fuit *l. 1. §. si quis proximior. D. vnd. cognat. l. Titius 6. & seq. D. de suis & legit.* Propter quam causam dicitur magis propriè spes animantis in *l. 2. D. de mort. infer.* Itaque prius quàm sit animans habetur non solùm pro animante, sed etiam pro homine & quidem iam nato, quod sanè mirum est.

L. 1. §. si quis proximior D. vnd cognat. l. Titius 6. & seq. D. de suis & legit. l. 2 D. de mort. infer.

Casus in quo etiam is qui nunquam nascitur habetur pro nato.

ILlud quoque non minùs, quòd vno casu habetur pro nato etiamsi nunquã nascatur, id est si vtero matris exsecto partus sit editus. Nã & hic admittitur non solùm ad bonorum possessionẽ ex omni parte edicti, tãquã qui mortis tempore in vtero fuerit *d. l. 1. §. si qua pragnans D. vnd. cognat.* Sed etiã ad legitimam matris hereditatem ex SC. Orphitiano *l. 1. § sed si matris D. ad SC. Tertyl.* Siquidẽ etiã ea mulier cùm moreretur creditur filiũ habereque exciso vtero edere possit *l. etiam ea mulier 141. De verb. signific.* Vbi addit Vlpianus alio etiam casu mulierem posse habere filium quem mortis tempore non habuit, vt puta cum qui ab hostibus remeauit.

L. 1. §. si qua pragnans D. vnd cognat. l. 1. §. sed si matris D. ad SC Tertyll. l. etiam ea mulier 141. D. ver. signific.

ILLAT. IV.

De eo qui in ventre est vt neque in tutela, neque in reliquis muneribus prosit patri.

QVartò principaliter ex eodẽ supradicto Princ. fit quod iã suprà attigim⁹, vt qui in vẽtre est, neque in excusatione à tutela, neque in ciuilibus reliquis munerib⁹ prosit patri *l. 2. § qui autẽ D. de excus. tu.* quia lõgè aliud est de patris, aliud de filij cõmodo disputare. Etsi nõ est nouũ, vt prosit interdũ etiã matri,

L. 2. §. qui autem D. de excus. tutor.

L. imperator 8. D. de stat. hom. Puta mater vltimo supplicio dānata sit. Solitū enim est seruari eā in id vsque tempus quo partū edat *l. Imperator Hadrianus* 18. *D. de stat. homin.* Ne scilicet alioqui eueniat vt cū matre nocente innocens partus necetur: Propter quam causam placuit, nec humari debere mulierem quæ prægnans mortua sit antequàm partus ei excidatur, Ne qui contrà fecerit spem animantis cū grauida peremisse videatur, inquit *l. 2. D. de mort. infer.* *L. 2. de mort. infer.* Sed his casibus fauor & commodum filij potissimùm versatur, matris verò non nisi per consequentiā. Idē verò euenit sępenumero, vt per alium & ex alterius persona quis obtineat in consequentiam quod ex persona propria obtinere non posset *l. cùm hereditate* 55. *D. de acquir. hered. l. si is qui duos* 29. *D. de liber. legat. l. & per iusiurandum* 13. *§. si fideiussori D. de acceptilat. l. 4. D. de decur. l. Aristo* 3. *in fin. D. quæ res pignor.*

ILLATIO V.

De tutore non dando ventri.

L. vētri 20. D. de tutor. & curat. dat. ab his l. bonorum 8. D. de curat. furios. QVintò ex eodem Principio fit, vt ventri tutor à magistratibus populi romani tutor dari nō possit curator possit, *l. ventri* 20. *D. de tutor. & cur. dat. ab his l. bonorum* 8. *D. de curat. furios.* Nam in eo nullum partus commodum versatur vt habeat tutorem, cùm è contrariò ipsius intersit vt matris, quæ alioqui tutelæ incapax est secundum iuris veteris rationem, & fidei & custodiæ cōmittatur, siquidem fieri nequit, vt seipsam mater tueatur, quin & partui simul prospiciat, Nec quod in libris nostris mentio fit aliquando custodiendi partus vt in *l. 1. & tot. tit. De inspic. ventr. custod. part. ad rem facit.* *L. 1. De vēt. inspic.* Ex illo enim edicto custoditur partus nō propter partum ipsum, quò magis securus sit, sed propter agnatos, ne partus subiiciatur, nisi vno casu, quo scilicet mulier à viro diuerterit, vereatúrque pater ne ipsius odio cuius magnam & materiam & suspicionem diuortium præbet, abigatur partus *d. l. 1. §. 1. & §. de inspiciēdo* 10. *cum seqq. ill. tit.* Cùm igitur posthumi commodum nullum sit, vt quandiu in ventre est, adeóque pars & portio quædam viscerum matris *d. l. 1. §. ex hoc rescripto*, habeatur pro nato quod ad hoc vt alterius quàm matris tutelæ committatur (nesciunt enim viscera materna patientiam præ nimio affectu vt B. Augustinus quodā loco scribit) mirum nō est eum pro nato non haberi, nec proinde tutorē interim habere posse, quia tutor non nisi personæ datur principaliter, bonis verò in consequentias *§. 1. infr. De tutel. l. cùm in vna* 17. *§. tutor. D. de appella.* Planè bonorum ratione curatorem dari ventri interest ventris, ideóque dandus est, vt partui quandocumque edito bona integra & salua conseruentur. Sicut & nato quandocumque posthumo tutorem damus, quia ex quo iam è visceribus matris expositus est, vt loquitur *l. vlt. C. de liber. caus.* *L. vlt. C. de liber. caus.* ad tutelam matris amplius non pertinet, neque materni affectus magnitudo facere potest, vt eiusdem iudicio, quod quàm exiguum sit sexus ipse demonstrat gubernandus videatur.

ILLATIO VI.

De partu ancillæ venditæ.

L. si pregnās 42. D. de euict. SExtò ex eodem Principio fit, vt si prægnans ancilla vendita & tradita sit, non idcirco partus venditus esse intelligatur *l. si prægnans* 42. *D. de euict.* Non quia ad emptorem non pertineat (cùm enim sit pars & portio viscerum matris vt diximus, fieri nequit, vt nō spectet ad eū ipsum ad quē & mater *l. si*

quod

quod ex Pamphila 73. *De lega.* 2.) ſed vt ſi fortè euictus ſit, ſiue cum matre, ſiue ſine matre, non idcirco venditor de euictione teneatur *d. l. ſi prægnans.* Nimirum quia nondum habetur pro nato. Alioqui tot cenſerētur eſſe ſtipulationes & actiones de euictione quot eſſent res venditæ *l. quia dicitur* 32. *De euict. l. cum plures* 72. *l. ſcire debemus* 29. *De verb. obligat.* Cur verò non habetur pro nato? Quia vt iam ſuprà dictum eſt, eius qui in ancillæ vtero eſt nihil intereſt vt habeatur pro nato, qui ſi reuera iam natus eſſet haberetur pro nullo, neque agi poteſt de proprio vllo eius commodo qui propria condicione ſua impediatur, ne proprium quicquam habere poſſit. *L. ſi quod ex Pāphila* 73. *de legat.* 2.

ILLATIO VII.

De computanda ætate hominis ab inſtanti natiuitatis non conceptionis.

SEptimò ex eodem Principio fit vt in computanda cuiuſque ętate non habeatur ratio illius temporis quo in vtero fuit, ſed computentur tempora de momento in momentū ex die & hora natalis, Puta ſi quæratur an quis minor ſit annis vigintiquinque aut maior ſeptuaginta *l.* 3. *§. minorem De minor. l. qui filium* 74. *in fin. D. ad SC. Trebell. l.* 1. *D. de manumiſſ.* An quia id fauorabilius ſit homini? Fateor ſanè fauorabilius fore minori vt tāto diutiùs frui poſſit beneficio reſtitutionis, quod minoris ætatis contemplatione ipſi indulgeretur. Sed tamen extra hanc cauſam facilè fieri poteſt, vt longè fauorabilius futurum ſit ætatem computari ex inſtanti conceptionis, Vt cùm agitur de excuſatione à tutela, aliiſve muneribus publicis propter ętatem *d. l. qui filium in fin. l.* 1. *C. qui ætat.* quemadmodum & interdum dicimus Annum cœptum in fauorabilibus haberi pro completo *l. ad rempublicam* 8. *D. de muner. & honor. l. à vobis* 5. *D. de am. legat.* Finge tractari etiā de faciendo teſtamento *l. à qua ætate* 5. *D. qui teſt. fac. poſſ.* Eſt enim vt nemo neſcit maximus & præcipuus fauor teſtamētorū *l. vel negare* 6. *D. teſt. quē. aper. l. ſi pars* 10. *D. de inof. teſtam. l.* 1. *C. de ſacroſ. eccleſ.* Ratio igitur eſt, quia commodum illud poſthumi propter quod haberi debeat pro nato, æſtimādum eſt & metiendū ex eo tēpore quo adhuc in vtero ſit. Ex quo enim iā natus & editus eſt, cùm verè ſit homo, & citra fictionem vllam capax eorum omnium quæ ad ipſius fauorem & commodum ſpectare poſſunt, quid neceſſe eſt retrofingi eum priùs natum fuiſſe quàm de hoc vel illo ipſius commodo de quo nūc agitur quicquam quęri oporteret? Denique niſi habeatur quis pro nato priuſquàm naſcatur, non niſi ſerò fruſtráque poſſis inducere fictionem quæ in præteritum tempus recurrat poſtquam re vera & naturaliter natus eſt, quamuis è contrario non nato poſthumo appareat quid retro fuerit, non per fictionem, ſed reuera *l. Neratius* 7. *De manum. teſtam.*

L. 3. *§. minorem D. de minor. l. qui filium* 74. *in fin. ad SC. Treb. l.* 1. *D. de manum.*

C. ad rempublicam 8. *D. de muner. & honor. l. à vobis* 5. *D. de ann. legat. L. à qua ætate* 5. *D. qui teſt. fac. poſſ.*

L. Neratius 7. *D. de manū. teſtam.*

PRINCIPIVM IIII.

De ingenuo manumiſſo.

PRiuatio habitum præſupponit, ideóque ei qui ingenuus natus eſt non officit in ſeruitute fuiſſe & poſteà manumiſſum eſſe *§. cùm autē ingenuus hoc tit. De ing.* vbi additur ſæpiſſimè conſtitutum eſſe natalibus non officere manumiſſionem. Facit *l.* 2. *&* 3. *l. ad recognoſcendos* 10. *C. de ingen. manum.* Hoc autē principium ſic concepimus, quia ſi quis quærat, Cur natalibus non officiat manu-

L. 2. 3. *l. ad recognoſcendos* 10. *C. de ingen. manumiſſ.*

missio, alia reddi ratio non potest, nisi quod priuatio habitum præsupponit. Quod maximum, & valde generale in iurisprudentia nostra principium est à philosophis petitum, & ex quo pendent iuris nostri, penè innumeræ propositiones. Probaríque vulgo solet ex *l.4. D.de iustit. & iur.* vbi scriptum est non fuisse notam iure naturali manumissionem cùm seruitus esset incognita *l.decem stipulatus 116. D.de verb.obligat.* Et sanè cùm manumissio dicta sit tanquam de manu missio, nihilque aliud sit, quàm datio libertatis *d.l.4.* fieri nõ potest vt libertas detur ei qui nunquam fuerit seruus, & qui ingenuus sit natus, nec vt manumittatur is qui nunquam fuerit in iusta seruitute. Nam si poneres hominem natum ingenuum posteà seruum factum esse siue gentium iure siue ciuili, sine dubio is subinde manumissus non ingenuus esset sed libertinus *l.homo liber 21. D.de stat.homin.* At hoc nõ propter manumissionẽ, sed propter præcedentem seruitutem, quę necessariam fecit manumissionem. Ideóque obseruãdum est quod post Iustinianũ sic loquimur *in seruitute fuisse*: nõ autẽ *seruum fuisse*. Sunt enim ista differentia, vt diximus ad Princi. *I.tit.praced. De iur.person.* Seruum enim esse aut fuisse, ius significat & idem est quod iustam seruitutem seruiisse *l.libertini 6. D.de stat.hom.* Iustam verò seruit seruitutem qui iure seruus est, iure inquam, siue gentium, siue ciuili. At in seruitute esse aut fuisse nihil nisi factum demonstrat, id est ea de facto exhibere obsequia & seruitia, quę is demum exhibere deberet, qui verè ac iustè seruus esset *l.4. Stichus si Titio D.de statulib. l.lex qua tutores 22. vers. & tolerabilius C.de admin.tutor.* Quod omnium apertissimè probat *d.l.2. C.de ingen.manumiss.* Ingenuam natam, inquit, neque nutrimentorum sumptus, neque seruitutis obsequia faciunt ancillam, neque manumissio libertinam. Et in *d.l.ad recognoscendos*, dicitur in ministerio seruitutis fuisse is, qui cùm reuera seruus non esset, perinde tamẽ seruiit, acsi seruus fuisset. Nihil autem vetat quominùs etiã libera persona præstet obsequium seruitutis etiam sciens & prudens *l.si tibi testamento 23. C.de liber.caus.* Sed vt persona iam libera & ingenua fiat magis libera fieri nullomodo potest, sicut generaliter verum est id quod iam nostrum est, magis nostrum fieri non posse *§. sic itaque infr. de act.* Denique certi sunt modi quibus dominia seruorum quæri solent, quibus nõ præcedentibus non potest fieri seruus qui anteà vel ingenuus vel libertinus fuit *l.scientis 6. l.si vestram 11. C.de ingen.manum. l.vlt. C.de seruis reipub. manumit.* Inter eos autem modos non est manumissio, quę ex contrario iure gentium inducta est ad reddendam libertatem quam iusta seruitus abstulerat *d.l.4. De iust. & iur.* nam nec expressa conuentio priuata aut seruum, aut libertũ quemquã facere potest *l.conuentio 37. de liber caus.* nec rursus lis malè instituta de ingenuitate *l.pen. C.de ing.man.* nec deniq; quòd ingenua vt ancilla spõsaliorum nomine data sit *l.vlt.eod.* Inducta enim ad vnum effectũ non debẽt contrariũ operari *l.legata inutiliter 19. De legat.1. l.legata 14. D.de adim.legat.* vt dicemus *Princip.seq.* Itaque nõ potest hîc locũ habere quod Bar. notat ad *d.l.14.* ad positionẽ priuationis videri sequi positionẽ habitus. Id enim procedit in iis quę pẽdẽt ex nuda volũtate nõ in cæteris *l.6.§.2. De iur.patron.* Procedit autem ob hoc ipsum quòd priuatio habitũ pręsupponit, & qui vult cõsequẽs vult etiã antecedens *l.2. D.de iurisd. l.ad rẽ mobilem 56. l.ad legatũ 62. D.de procurat.* sicut è contrario sublato antecedẽte necessariò tollitur cõsequens *l.vlt. D.de adim.legat.* Vnus tamen casus est quo dicimus seruire quem iustã seruitutem

L.4. D.de iust & iur. L.decem stipulatus 116. De verbor. obligat.

L. homo liber 21. D.de stat. homin.

L. libertini 6. eod.

L.4. §. Stichus si Titio D.de statulib. l.lex qua tutores 22. vers. & tolerabilius C.de admin. tutor.

L.si tibi testamento 23. C.de liber. caus. l.scientis 6. l.si vestram 11. C.de ingen.manum. l.vlt. C.de ser. reip.

L.conuentio 37. D.liber. caus.

L.pẽ. & vlt. C.de ingen. manumiss.

tutem etiã ei cuius non sit seruus, Nimirum si alienus seruus seruiat bonę fidei possessori. Sic enim loquitur Africanus in *l. & generaliter* 28. *D. de noxal. act.* Non quòd ex solo seruiendi ministerio iusta seruitus inducatur, sed quia hic reuera seruus est licèt alterius quàm sui possessoris, iustámq; seruitutẽ debet domino suo. Atqui bonę fidei possessor in omnibus penèdomini loco est *l. qui scit* 25. *§.* 1. *D. de vsur. l. qui bon. fide* 23 *l. bonæ fidei* 48. *D. de acq. rer. dom.*

L. & generaliter 28. D de noxal. action.

ILLATIO I.

Seruum cùm manumittitur non minui capite.

EX hoc Principio fit vt cùm seruus manumittitur, capite minui nõ dicatur quia nec caput, nèc ius vllũ habet quod minui possit, nec nisi eo ipso die quod manumittitur incipit statum habere *l. 3. § vlt. & l. seq. D de capu. minut.*

ILLAT. II.

Legatum quod nondum debetur repudiari non posse.

SEcundò ex eodem Principio fit, vt si sub cõdicione vel ex die certa nobis legatum sit ante condicionem vel diem certum repudiare nõ possimus, Nam nec pertinet ad nos legatum antequàm dies venerit, vel condicio existat *l. si ita suscriptum* 45 *§. si sub condicione De lega.* 2. Repudiatio autem legati cùm sit quædam priuatio aut saltem fiat ad effectum priuationis & amissionis legati præsupponit legatum deberi.

ILLATIO III.

Repudiari non posse legatum cuius condicio defecit.

TErtiò ex eodem Principio fit, vt è contrario si legati cõdicio defecerit, repudiari ampliùs legatũ non possit *l. mulieri* 74. *De condic. & demõstr.* Eius enim est repudiare cuius est acquirere vt generalius scriptum est in *l. is potest* 18. *De acq. hered.* Eius nolle cuius est posse *l. 4. eod. l. qui potest* 174. *§.* 1. *De regul. iur.* Denique eiusmodi sunt in iure nostro alia sexcenta quę passim occurrunt. Vide *l. non videntur* 85. *eod. l. 5. De iniust. rupt. l. Titio vsusfructus* 96. *de cond. & demonstr.* ex quo loco possit quis benè inferre ingenuũ manumissum non desiisse per manumissionem esse seruum, cùm nec inceperit: ac proinde non posse ex eo fieri libertinum.

L. 3. §. vlt. & l. seq. D. de capu. minut.

L. si ita sit scriptum 45. §. si sub condicione de legat. 2.

L. mulieri 74. De condic. & demonstr. l. is potest 18. D. de acquir. hered. l. qui potest 174. §. 1. de reg. iur.

L. Titio vsufructus 96. l. si. ad diem 46. D. de condic. & demonstr.

PRICIPIVM V.

De inductis ad vnum finem, vt non debeant operari contrarium.

IN*ducta ad vnum finem non debent operari contrarium. l. legata inutiliter* 19. *De legat. l. legata inutiliter* 14. *De adim. legat.* vbi scriptum est legata inutiliter data, non confirmari ademptione, Veluti si domino herede instituto seruo purè & sine libertate legatum, sub condicione adimatur. Etsi enim dici solet purè legatum si sub condicione adimatur sub contraria condicione datum intelligi & ideo confirmari *l. si legatum* 10. *in princ. eo. l. aliquãdo* 107 *in fin. De condic. & demonst. l. quod purè* 6. *D. quand. dies leg. ced.* id tamẽ tũc obtinet cùm legatũ purè ab initio relictũ valuit, nõ autẽ cùm inutile fuit. Ad emptio enim quominus nõ quomagis legatũ debeatur, interuenit. Ratio autẽ huius principij illa est, quòd omne agẽs naturale, vt aiũt philosophi, operatur naturaliter propter certũ finẽ, siquidẽ secũdũ eosdẽ philosophos, Deus & natura nihil faciũt frustra, Operãtur autẽ agẽtia naturalia secũdũ propriã cuiusq; naturã, necessaria necessariò & propter finem necessarium, libera verò liberè

L. legata inutiliter 19. de leg. 1. L. legata 14. D. adim. legat. L. si legatũ 10. in princi. eo. l. aliquãdo 107. in fi. De condic. & demonst. l. quod purè 6. D. quand. dies leg. ced.

Agentia naturalia operantur secũdum propriam cuiusque naturam, & propter finẽ.

ac propter finem voluntarium. Ergo quod ad vnum finem factum est, aliud quicquam operari non debet quod sit diuersum nedum contrarium. Est autem principium hoc consequẽs, vel saltem simile illi de quo mox dicemus, quod habet, Actus agentium nihil operari posse aut debere contra eorum intentionem.

ILLATIO I.

De manumißione hominis ingenui.

De ingen. manum.

EX hoc Principio illud fit quod superiore principio diximus, Eum qui manumissus est cùm antea esset iam ingenuus non eo minùs ingenuum manere, quia manumissio non potest fieri ad eum finem vt naturalem libertatem ex qua ingenuitas æstimatur, ei auferat, qui liber natus est, sed è contrario vt quantum potest libertatem illam restituat ei cui fuerat erepta per seruitutem. Ergo quæ facta est ad vnum finem operaretur contrarium, si in vicem libertatis reddendæ tolleret ingenuitatem.

ILLATIO II.

De iis quæ in fauorem constituta sunt non retorquendis in odium.

L. quod fauore 6.

SEcundò ex eodem Principio fit, vt quod fauore quorundam constitutum est, nullo casu in eorum læsionem videri debeat inuentum *l. quod fauore* 6. C. *de legib.* Cui similiter *Modestin. in l. nulla* 25. *D. eod.* Nulla, inquit, iuris ratio aut æquitatis benignitas patitur vt quæ salubriter pro vtilitate hominũ introducuntur ea nos duriore interpretatione contra ipsorum commodum producamus ad seueritatem. Exempla possunt adferri ex *l. plures apochis* 19. *in fin. D. de fid. instrum. l. generaliter* 5. *in fine princip. C. de secund. nupt. l.* 3. *§. dua autem D. de carbon. edict. l. sancimus* 7. *in princip. C. ad SC. Trebell.* & alia huiusmodi infinita.

ILLATIO III.

Semper spectandum esse quid cuius gratia dictum scriptúmve sit.

L. 2. & 3. D. de leg. commiss. l. in ratione 30. §. tametsi in fin. ad leg. falci. l. quod autem 7. §. vxori D. de donat. int. virum & vxor. l. Lucius 40. §. 1. De fideic. libert.

TErtiò ex eodem Principio fit vt tam in contractibus quàm in testamentis aliisque vltimis voluntatibus præcipuè spectari oporteat quid cuius gratia scriptum sit, Nimirum vt clausula quæ pro vno adposita est nũquam contra eum operetur. Textus sunt & exempla in *l. 2. & 3. D. de leg. commiss. l. in ratione* 30. *§. tametsi in fin.* D. *ad leg. falcid. l. quod autem* 7. *§. vxori* D. *de donat. int. vir. & vxor. l. Lucius* 40. *§.* 1. D. *de fideic. libert.*

PRINCIPIVM VI.

Actus agentium non operari vltra eorum intentionem.

L. non omnis 19. D. de reb. cred. l. 1. D. de donat. l. 1. l. nõ videtur 32. l. Senatus 35. §. 1. l. vbi ita donatur 27. l. Seia 42. §. vlt. De mort. caus. donat.

ACtus agentium non possunt nec debent operari vltra eorum intentionẽ *l. proinde* 8. *l. non omnis* 19. *D. de reb. credit. l.* 1. D. *de donat. l.* 1. *l. non videtur* 32. *l. Senatus* 35. *§.* 1. *l. vbi ita donatur* 27. *l. Seia* 42. *§. vlt.* D. *de mort. caus. don.*

ILLATIO I.

De ingenui hominis manumißione.

EX hoc Princip. etiã illud fit quod dicim⁹ ingenuitati nõ obstare inutilẽ & inefficacẽ manumis. Nõ enim volũtas illa est manumittẽtis vt ingenuitatem

tatem ei auferat cui è contrariò velit reddere libertatem. Ita siquidem fieret vt damnum & iniuriam inferret qui de beneficio dando cogitaret. Proinde operaretur manumissio hæc non tãtùm vltra, sed etiam contra intentionem manumittentis. Aliud est *vltra*, aut *præter*, aliud *contra*. Quod contra intentionem est vltra est, sed non similiter contra est quod vltra est. Exempla sunt in *l. necnon* 28. *§. quoad eius* D. *ex quib. caus. maior. l. pater* 10. *§. vlt. De captiu. & postlim.* Itaque apprimè conuenit hoc Principium cum præcedenti, quamuis in eo dissimile sit, quod est generalius.

Vltra, præter, & contra mẽtem. *L. necnõ 28. quoad eius D. ex quib. caus. maior. L. pater 10. §. vlt De captiu. & postlim.*

ILLATIO II.

De maleficiis ex proposito & voluntate distinguendis.

SEcundò ex eodem Principio fit, vt qui iniuriæ causa ianuam effregit, quãuis inde per alios res amotæ sint non teneatur furti, Nã maleficia voluntas & propositum delinquentis distinguit, inquit Paulus in *l. qui iniuriæ* 53. D. *de furt.* & furtum cum facto animum quoque furis exigit *l. in furti* 50. *§.* 1. *eod l. si quis* 41. *§. vlt. D. ad leg. Aquil. l. potest.* 36. *§. vlt. cum. l. seq. D. de vsucap.* Cui simile illud est, quod Hadrianũ rescripsisse refert Callistrat. in *l. Diuus* 14. *ad leg Corn. de sicar.* In maleficiis voluntatẽ non exitum spectari. Vnde & idem Hadrianus rescripsit, Eum qui hominem occidit, si non occidendi animo hoc admiserit absolui posse, & contrà, Eum qui hominem non occiderit, sed vulnerauerit vt occideret pro homicida damnandum *l.* 1. *§. Diuus eod.* Et rursum siquis alto se præcipitauerit, & super alium venerit, eúmque occiderit, aut putator ex arbore cùm ramum deiiceret, non proclamauerit & prætereuntem occiderit, in ea causa est vt ad legis Corneliæ coercitionem non pertineat *l. in lege* 7. *eod.* facit *l.* 1. *C. eod.*

L. qui iniuria 53. De furt. *L Diuus 14. ad leg. Cornel. de sicar. l. 1. §. Diuus. L. in lege 7. eo. l. 1. C. eo.*

ILLATIO III.

De latitante non fraudationis causa vel non propter creditores.

TErtiò ex eodẽ Principio fit vt ad causam edicti prętoris De possessione & venditione bonorum non sufficiat quem latitare nisi & fraudationis causa id faciat *l. Fulcinius* 7. *§.* 1. *& seq.* D. *quib. ex caus. in poss. eat.* Sed & si quis fraudationis causa latitet, non tamẽ propter creditores, quamuis in effectu ea latitatio creditores fraudet, in ea tamẽ causa est ne ex hac edicti parte bona eius possideri queant, quia non hoc animo latitat vt fraudet creditores. Animus enim latitantis quæritur, id est, quo animo latitet, An vt fraudet creditores, an ex alia causa, Etsi contra aliquem vel vnũ ex creditoribus eum latitare sufficit, vt cæteri quoque in possessionem bonorum eius mitti possint *d. l. Fulcinius §. si is qui & seqq.*

L. Fulcinius 7. §. 1. & seq. & §. si is qui & seqq. D. quib. ex caus. in possess. eat.

ILLATIO IV.

De suppreßione tabularum testamenti etiam dolo malò citra pœnam legis Corneliæ testamentariæ De falsis.

QVartò ex eodem Principio fit, vt possit quis tabulas testamenti supprimere & quidem dolo malo, nec tamen incidat in legem Corneliam testamentariam aduersus eos latã qui supprimunt testamentum. Puta si neque amouerit, neq; celauerit tabulas, sed idcirco alij tradiderit ne aduersario interdicenti exhiberet, hoc est si non supprimendi vel celandi animo id fecit,

sed ne huic exhiberet *l.3.§.si quis dolo malo* D.*de tabul.exhib.*vbi Vlp.concludit hoc saltem casu interdicto *De tab.exhib.*locum esse debere.Quãquam illo etiam casu locus est in quo lex Cornelia testamentaria ęquè locum habere possit. Nemo enim ideo impune tabulas retinere potest, quod prætereà maius delictum admiserit vt eleganter Vlp.ibidem ait, Nouum siquidem delictum vel solius contumacię cumulat pœnam *l.relegati* 4.*D.de pœn.l.2.D.de priuat.delict.l.si seruus* 27.*in princ.D.ad leg. Aquil.l.Neratius* 11. *§. quamuis* D.*de seruo corrupt.l.1.§.hunc tamen* 22.*l.2.§.1. D. de tutel. & rat.distrah.l.numquam* 60.*D.de oblig.& act.cum concord.*

L.3.§.si quis dolo malo D.de tabul. exhib.l.relegati 4.D de pœn.L.2.D. de priuat.delict.l.si seruus 27. in prin. ad leg. Aquil.l.Neratius 11. §. quamuis de ser.corrup.l. 1.§.hunc tamen l.2.§.1. De tutel.& rat.distr. l. nũquã 60. de oblig. & act.

ILLAT. V.

De protestatione facta ad conseruandum ius protestantis.

QVintò ex eodem Principio fit vt quoties quis protestatur faciendo id quod alioqui si factum esset citra protestationem, ius ipsius læderet, conseruetur saluum & integrum ius protestantis, quia protestatio probat animum & intentionẽ agentis,& ita facit,vt actus ipse in quo adhibetur protestatio,nihil vltra eam intẽtionem operetur *l.pro herede* 20.*§.1.*D.*de acquir. hered.l.etsi quis* 14.*§.sed interdum in fin.De relig.& sumpt.funer.l.*Nesennius 34. *D.de negot.gest.l.alimenta* 11.*l.quod in vxorem* 13.*l.si paterno* 15.C.*eod. l.si debitor* 4.*§.1.D.quib.mod.pign.soluit.*iunct.*l.sicut.*8.*§.non videtur eod.*

L. pro herede 20. §.1. D. de acq. hered.l.Nesennius 34. D.de negot. gest.l. alimẽta 11. l. quod in vxorem 13.l.si paterno 15.C.eod.

ILLATIO VI.

De spectanda semper & in omnibus voluntate.

DEnique ad hoc Principium referendi sunt omnes ij loci in quibus dicitur spectari debere voluntatem contrahẽtium aut testatoris siue de cõtractu agatur siue de vltima voluntate.Nã & qui loquitur aliquid facit,Nihil autẽ facere aut dicere credendus est nisi quod velit *l.semper in stipulationibus* 34.*De regul.iur.l.in condicionibus* 19.D.*de condic. & demonst. & aliis innumeris*, Semper nãque fortior & potentior est quàm vox,mens dicentis *l.Labeo* 7.*ad fin.D.de supel.legat.l.si mihi* 12.*§.vlt.De legat.1.l.Titia cùm testamẽto*.34.*§.vlt.de leg.2.l.non aliter* 69.*in fin.de leg.3.l.cùm de lanionis* 18.*§.asinam* D.*de instruct.& instr.legat.*licèt dici soleat non aliter à propria verborum significatione recedendum esse,quàm cùm manifestum est aliud sensisse testatorem *d.l. non aliter in princip.*Nã cùm in verbis nulla est ambiguitas nõ debet admitti quęstio voluntatis *l.ille aut ille* 25.*§.1.eod.ti.de leg.3.*Nemo enim existimandus est id dixisse quod non priùs mente agitauerit. Quorsum namque verba nisi vt demonstrent voluntatem loquentis? vt Tubero contra Seruium iam olim disputabat in *d.l.Labeo* 7.*ad fin. De supell.legat.*

L. semper in stipulationibus 34. De regul. iur.l. in condicionibus 19. D. decondic.& demonstr. 7.Labeo 7. in fin. De supell.legat.

Actus quilibet hominis incipit à voluntate.

De agente libero.

HVius autem Principij ratio illa est quòd in agente libero, qualis homo est,ne quidem actũ id intelligitur quod agere noluit is qui egit, quia actus quilibet hominis incipit à voluntate, Adeò vt nec peccatum vllum sit nisi voluntarium,quemadmodum B.Augustinus scribit.Proinde mirum non est actum qui in eo quod est contra vel vltra intentionem agentis nullus est, nihil etiam operari,quandoquidem non entis nullæ sunt qualitates,cùm qualitas quæ est accidens non possit esse sine subiecto *l.eius qui* 41.*vers. quare si nulla De reb.credit.*

PRIN-

PRINCIPIVM VII.

Differre ista Seruire & Seruum esse.

ALiud est, Seruũ esse, aliud verò Seruire aut esse in seruitute, Prior locutio ad ius refertur, posterior ad factum, Vt diximus & explicauimus ad Princip. 4. *sup. eod. ex l. 4. §. si Stichus Titio D. de statulib. l. ex qua tutores 22. §. & tolerabilius C. de admin. tutor.* Seruum esse hoc significat Esse in dominio alieno, Seruire verò aut in seruitute esse nihil aliud nisi seruitutis operas & ministerium præstare. Sic & aliud est Esse liberum, aliud esse in libertate *l. 1. l. liberis 7. §. vlt. l. quod autem* 10. *& pass. D. de liber. caus.* Est in libertate, qui est in possessione libertatis, id est qui pro libero se gerit, Sicut est in seruitute qui est in seruitutis possessione licèt sit liber *l. penul. D. ne de stat. defunct. post quinquen. quærat.* Denique non dissimiliter dicimus, Aliud esse possidere, Aliud verò in possessione esse. Possidet propriè is qui animo domini, & sibi ipsi rẽ habet siue dominus sit, siue non. Vt Theoph. definit. *in tit. De libertin.* At esse in possessione est alieno nomine possidere quomodo possidẽt, sed impropriè procurator creditor, depositarius conductor, cõmodatarius & similes *l. si ante* 10. *l. quod meo* 18. *D. de acquir. poss. l. pignori* 15. *De vsucap. l. officium* 9. *in fin.* D. *de rei vindic. l. Celsus* 5. *§.* 1. *D. ad exhib. l. certè* 6. *§. is qui rogauit* D. *de precar.* In summa *possidere* ius significat *l. possessio* 49. *in princip. & §.* 1. D. *de acquir. poss.* In possessione autem esse nihil nisi factum demonstrat, nudámque detentionem quam & interdum licèt impropriè naturalem possessionem appellamus. *l. stipulatio ista* 38. *§. hæc quoque stipulatio* D. *de verb. obligat.*

L. 4. §. si Stichus Titio D. de statulib. l. ex qua tutores 22. § & tolerabilius C. de admin. tut. L. 1. l. liberis 7. §. vlt. l. quod autem 10. De liber. caus. L. pen. D. ne de stat. defunct. L. si ante 10. l. quod meo 18. De acq. poss. l. pignori 15. De vsucap. l. officiũ 9. D. de rei vindicat. l. Celsus 5. §. 1. ad exhib. l. certè 6. §. is qui rogauit. D. de precar. L. stipulatio ista 38. §. hæc quoque stipulatio D. de verb. oblig. l. 4. D. de instit. & iur.

TIT. V.

De libertinis.

PRINCIPIVM I.

Definitio manumissionis.

MAnumissio est de manu missio seu datio libertatis, vt Iust. in Principio huius tituli scribit, post Vlpianum in *l. 4.* De *Iust. & iur.* vbi addit ille rationẽ. Nã quãdiu quis in seruitute est manui & potestati alterius suppositus est, Manumissus autem liberatur ea potestate, id est extra eam potestatem emittitur. Manum enim latinè dicimus eleganter pro potestate. Vnde & apud veteres vsus ille matrimonij per conuentionem in manum, quoties ita nubebat mulier vt transiret in familiam & potestatem viri, vt est apud eundem Vlp. in Titulis. Dat igitur dominus libertatem hoc ipso quod abdicat à se dominium serui. Eo namque sublato remanet seruus talis quales sunt homines omnes à natura id est liber, Vt dicam Princ. *seq. illat.* 6.

ILLATIO I.

De potestate manumittendi.

EX hoc Principio illud fit vt regulariter non nisi facto & consensu domini interueniente fieri manumissio possit: Tum quia quod ego in mea manu habeo fieri non potest vt emittatur me vel inuito vel ignorante, Nisi ponas mihi vim fieri & impressionem, quæ res manifestam haberet iniuriam,

Tùm etiam quia si manumissio est datio libertatis, vt diximus, vtique non alius dare libertatem potest quàm qui libertatis dominus est. Sicut enim nemo dat quod non habet *l. proprias* 13. *l. si vniuersæ* 15. *C. de legat.* Ita nec fieri potest, vt quod meum est sine facto meo in alium & per alium transferatur, *vulg. l. id quod nostrum* 11. *De regul. iur.* Hinc introductum duplex illud genus manumissionis, in testamento, de qua in *tit. De manum. test.* & inter viuos id est per vindictã, de qua in *tit. de manum. vindic.* D. & C. Vtriusque manumissionis commune illud fuit semper, vt neque nisi à domino fieri posset, neque à domino ipso conferri in id tempus quo seruus alienus foret. *l.* 2. 3. 4. *& tot. tit.* C. *de his qui à non domin. manum. sint. l. Stichus* 39. *D. de manum. testam. l. nulla* 19. *& seq. l. curator* 22. *D. qui & à quib. manu. l. qui pœnæ* 8. *l. seruus* 13. *D. de manumiss.* Testamentarias enim manumissiones induxit ac cõfirmauit lex duodecim tabularum illis verbis generalibus, *Paterfamilias vti super sua re legassit ita ius esto*: quæ tamen apparet non ad alium testatorem pertinere quàm ad eum qui de sua non de aliena re disponat *l. verbis legis* 120. *de verb. signifi.* iũct. *l. conficiuntur* 8. §. *si post factum D. de iur. codicill.* & ita Vlp. quoque in Titulis scribit *tit.* 1. Inter viuos autem manumissio quæ per vindictã fiebat, etsi apud magistratũ & interueniẽte ipsius autoritate perficiebatur (erat enim vindicta virgula quæ per lictorẽ iubẽte magistratu imponebatur capiti serui qui erat manumittendus, quem subinde lictor in libertatẽ vindicabat, vt refert Boet. in Topic. Ciceronis) tamen & præsentiã & voluntatẽ domini exigebat, Cuius & libertus fiebat is qui manumittebatur, tãquã ab eo ipso per magistratũ & lictorẽ, nõ à magistratu aũt lictore manumissus *tot. tit. De manu. vind. l. quæsitũ* 15. §. 1. *qui & à quib. manu.* Scut & præsentia serui requirebatur cùm alioqui fieri non posset, vt iubente magistratu imponeretur per lictorem virgula capiti eius serui qui præsens non esset. Quãquam cùm plures pariter & simul vindicta manumitti possint, placet sufficere præsentiã vnius seruorum vt vel plures manumitti possint *l. etiam* 15. §. *plures De manu. vindict.* vbi nõ dubito quin sic legendum sit addicta dictione *vnius* quæ vulgo deest, & sine qua non potest locus ille bonum habere sensum. Ex hac autem imponendæ virgulæ sollennitate, nata videtur ea locutio vt libertas imponi dicatur, itémque manumissio *tot. tit. De manum. quæ seruis ad vniuers. pertin. impon.* Etsi vix est vt Iureconsultos ita vnquam locutos reperias.

Duplex genus manumissionis testamento & vindicta.

Ti. C. de his qui à nõ domin. manu. sunt l. Stichus 39. *D. de manu. testam. l. nulla* 19. *& seq. l. curator* 22. *D. qui & à quib. manu. l. qui pœnæ* 8. *l. seruus* 13. *D. de manumiss.*

L. verbis legis 120. *de verb. signif. l. conficiuntur* 8. §. *si post factum D. de iur. codicill.*

L. quæsitum 15. §. 1. *qui & à quib. manum.*

L. etiam 15. §. *plures D. de manum. vindict.*

Tit. De manumiss. quæ seruis ad vniuersit. pertin. impon.

ILLATIO II.

De communi seruo manumisso.

SEcundò ex eodem Principio fit, vt seruum communem inuito aut ignorãte socio manumittere neuter ex dominis possit inspecta iuris veteris ratione, Adeò vt si quis olim manumisisset eo modo quo manumissi ciues romani fiebant, partem quã in seruo habebat amitteret eáque socio adcresceret, sin priuatim & inter amicos nihil ageret quemadmodũ Vlp. scribit *dict. tit.* 1. *De liber.* Etsi enim dici potest meum esse quod mihi cum alio commune est *l. si seruus* 61. *in fine princip. De furt l. serui electione* 5. §. *vlt. De legat.* 1. id tamen minùs propriè ne satis verè dicitur, cùm negari non possit partem ad socium pertinere *d. l.* 5. §. 1. *& seq.* Tunc namque fundum nostrum totum esse rectè dicimus cùm eius nulla pars dici potest alterius esse *l. rectè dicimus* 25. D. *de verb. signific.* Quod hic non euenit. Non solùm enim socij par & æquale ius est, sed etiã eo potentius quòd in pari vtriusque causa & iure, melior est

Vlp. in fragment. tit. 1. *de libertin.*

condicio

condicio prohibentis *l. Sabinus* 28. *D. commun. diuid.* Iustinianus tamen fauore libertatis constituit vt etiam inuito socio possit socius communem seruũ manumittere, sed ita tamen si priùs eius partis precium offerat, aut socio accipere recusante, offerat rursum per publicas personas, sigillóque in presso in ædem sacrã aut vbi deponi moris est, deponat *l.* 1. *C. de commu. seru. manum.*

l. 1. *C. de cõmun. seru. manumiss.*

ILLATIO III.

De manumißione serui specialiter obligati.

TErtiò ex eodem Principio fit vt seruum specialiter pignori obligatum debitor, quamuis idem & dominus sit, adeóque locupletissimus, manumittere nõ possit *l.* 3. *D. de manumiss. l.* 3. *C. de seru. pignor. dat. manum.* Etsi enim debitor non eo minùs remanet pignoris & dominus & possessor, *l. cùm & sortis* 35. §. *vlt.* D. *de pign. act.* iunct. *l. pignori* 13. *l. serui nomine* 16. *D. de vsucap. l. quod meo* 18. *D. de acquir. poss.* non tamen sic habet pignus in manu vt non possit inuito ei eripi per creditorem cui non aliunde satisfiat *l.* 1. *& tot. tit.* C. *debit. vendit pign. imped. non poss.* Nemo autem videtur id habere quod ei aliquo casu iustè auferri possit *l. si seruus* 21. §. *& ideo* D. *de euict.* Et rursum quid tam contrarium libertati quàm vinculum? Aut quomodo potest vinculo pignoris liberari quis inuito vel inscio eo cui est obligatus? Quanquam etsi propriè pignus accipias quatenus dictum est à pugno vt ad res mobiles coarctetur, quarum possessio per traditionem translata sit in creditorem, *l. plebs est* 238. §. *pignus de verb. signif.* ad differentiam hypothecæ quæ nuda conuentiõne constituitur, & pro qua datur hypothecaria ad auocandam nudam possessionem vt in *l. si rem alienam* 9. §. *propriè* D. *de pignor. act. l. si cùm venditor* 66. *D. de euict.* negari meritò potest seruum pignori datum esse in manu debitoris, cùm sit in possessione & potestate creditoris. Manus enim non tã dominium significat quàm potestatẽ & possessionem *l. qui neque* 48. D. *de verb. signif.* Sicut & potestatis verbo vt plurimum præsentis corporis copiã facultatémq; significamus *l. potestatis* 215. *eod.* Proinde mirum non est hunc seruum pignori specialiter obligatum, qui in creditoris manu & potestate sit, non posse manumitti à debitore quãtũuis locuplete. Cur enim creditori sua possessio auferatur priusquam ei fuerit satisfactum? Atqui si valeret manumissio per debitorẽ facta aufferretur creditori possessio, quia liber homo qui se liberũ sciat & asserat, possideri ab alio nullomodo potest. *l.* 3. §. *si seruus quẽ possidebam D. de acq. poss.* Nec responderi potest aliã rationẽ esse rerũ mobilium in quas propriè pignus cadat, aliam seruorum, quasi hi mobilium appellatione non contineantur. Nam imò verò continẽtur *d. l.* 3. §. *Nerua filius.* Sed tamen cùm in iure nostro pignoris appellatio passim sumatur impropriè pro obligatione quæ non per traditionem quàm per conuentionẽ nudã contrahatur, ideóq; dicamus inter pignus & hypothecã nominis duntaxat sonũ differre *l.* 5. §. *inter pignus D. de pignor.* & pignus contractum videri etiã illo casu quo bona omnia debitoris generali conuentione citra vllã traditionẽ obligata sint *l. Paulus* 29. §. *vlt. D. eod.* magis placet ratio prior, vt seruus pignori datus specialiter manumitti non possit, nõ quia sit traditus & in creditoris manum ac potestatem translatus, sed quia sit specialiter obligatus. Video enim ita rescripsisse Impp. *in l.* 2. *C. de seruo pignor. dat. manu.* vt distingui tantùm oporteat an obligatus sit hic seruus ex conuentione speciali, an verò generaliter duntaxat, siue expressa conuentione, siue tacita, puta ex priui-

l. 3. *D. de manumiss. l.* 3. *C. de seruo pignor. dat manum. l. cùm & sortis* 35. §. *vlt. D. de pignorat. act. l. pignori* 13. *l. serui* 16. *D. de vsucap. l.* 1. *C. debit. vendit pignor. imped. non poss. l. plebs est* 238 §. *pign. De verb. signific. l. si rem alienam* 9. §. *propriè De pignorat. act. l. si cùm venditor* 66 *de euict. l. qui neque* 48. *de verb. signific. l. potestatis* 215. *eod. l.* 3. §. *si seruus quem possidebam & §. Nerua filius* D. *de acquir. poss. l.* 5. §. *inter pignus & l. Paulus* 29. §. *vlt. D. de pignor. l.* 2. *C. de seruo pignor. dat. manumiss.*

legio fisci qui semper in debitoris sui bonis omnibus ius pignoris habere intelligitur *l.aufertur 46.§.fiscus* D.*de iur.fisc.l.2.C.in quib.caus.pign.l. vlt.* C. *de priuil.fisc.* Alioqui dicendum esset bonis omnibus generaliter & expressim obligatis vt pasim hodiè fit cum clausula constituti quę creditorem facit possessorem, non posse quemquam ex seruis manumitti, quod non puto verè dici posse. Sicut nec illud è contrario, vt qui specialiter fuit hypothecæ datus, nec tamen creditori traditus, posit manumitti. Specialis enim conuentio impedit manumisionem siue pignori siue hypothecæ datus proponatur. Quidni verò etiam generalis? An quia hoc casu magis quàm illo liceat debitori facere deteriorem pignoris condicionem? Minimè. *l. debitorē 15.C.de pignor.* Sed quia interest publicè valere libertatem, dummodo nil intersit creditoris non valere: nihil autem creditoris interest quoties ex alijs debitoris bonis suum consequi potest, id est quoties debitor est soluendo. Hoc enim omnimodo requiritur vt posit manumitti is qui non nisi generaliter obligatus fuit, ne alioqui per legem Æliam Sentiam impediatur libertas tanquam in fraudem creditorum data *l.in fraudem ciuitatum 11. §. 1.l. generaliter 29. in princ. D.qui & à quib.manum.* Et sanè aliter posito iure deterioris condicionis essent serui quàm cæteræ res obligatæ. Siquidem pignoris conuentio non impedit cæterarum rerum alienationem, licèt ea alienatio non fiat nisi cum sua causa *l.si conuenerit 18.§.si fundus* D.*de pign.act.l. vlt.§. penult.D.de donat.* Manumisio autem velut alienatio est *l.obligatum 9.§.1.De autor.tut.l.vlt.C.de reb.alien.non alienand.* Nec quod talis alienatio sit quæ perimat ius pignoris, ad rem facit, cùm vt dixi nihil intersit creditoris. Nā & in cæteris rebus obligatis idem hodie obtinet, vt quamuis non nisi cū sua causa alienentur, possessori tamen, si earum nomine per hypothecariam inquietetur, competat exceptio non factæ excusionis per quam repellat creditorem si ex alijs bonis nondum alienatis posit consequi solutionem *Auth. hoc si debitor C.de pignor.* quod & iam olim quibusdam in causis receptum fuisse constat ex *l.Moschis 47.D.de iur.fisc.* Itémq; ex *l.2.eod.tit.* vbi secundo creditori qui pignus accepit ex bonis alij iam anteà generaliter obligatis datur eadē exceptio nō factæ excusionis si ex bonis specialiter obligatis priori creditori abundè cautum esse constet. Idque temperamento æquisimo iurisdictionis vt & debitori & posterioribus eius creditoribus consulatur quātum sine primi creditoris damno aut incōmodo fieri potest. Dices, Cur nō ergo idem placuit etiam in seruo specialiter pignori dato vt manumitti posit, si ex alijs debitoris facultatibus satisfieri posit creditori? Respondeo rationem diuersitatis esse quia proculdubio specialis conuentio pignoris magis afficit rem obligatam, vt apparet ex *d.l.2.C.de pignor.* nec poset sine manifesta iniuria creditoris aliter constitui, qui seruum hunc specialiter accipiendo pignori, satis indicauit hoc ipso velle se ea potisimùm ratione sibi cautum esse. Quamquam illo etiam casu fauore libertatis æquisimè constitutum est, vt ex illa voluntate & manumisione licèt tum inutili liber tandē fiat hic seruus, soluta quandocunque creditori pecunia pro qua seruus fuerat pignori datus, vt ad Scæuolam eleganter Paulus notat *in l. pignori 26. D. qui & à quib.manumiss.* Secundum quam distinctionem accipiendum proculdubio est quod scriptum est *in l.4.& l.in fraudem 27.§.pignori eod.tit.* & supradictis alijs locis qui negant seruum specialiter pignori datum manumitti pos-

De seruo pignori obligato per generalem conuentionem pignoris bonorū omniū cum clausula constituti l.debitorem 15.C.de pignor.

l. in fraudē ciuitatum 11.§.1.l.generaliter 29. in princip. D. qui & à quib.manū. Manumisio velut alienatio est.

l.Moschis 47.D.de iur.fisc.l. 2. C.de pigno.

l.pignori 26. D.qui & à quib.manumiss. l.4.l in fraudem 27.§. pignori eod. tit.

ti posse. Sicut & idem libertatis fauor effecit vt directa libertas testamento data seruo pignorato trahatur ad fideicommissariam, quasi iusso herede vt pignus lueret *l. generaliter 24. §. si quis seruo pignorato de fideic. libert.* Nam post luitionem pignoris nulla causa superest impediendæ libertatis. Si tamen locus ille Triboniani non est potiùs quàm Vlpiani vt alibi scripsimus. Apparet autem ex superioribus errasse Hugonem Donellum *lib. 2. Commēt. De iur. ciuil cap. 13.* vbi defendit obligatione non contineri seruum posteà manumissum, quòd non sit verisimile de illo obligando sensisse debitorem *arg. l. obligatione 6. D. de pignor.* Nam imò verò generaliter obligatus dicitur *in d. l. generaliter, & in d. l. 2. C. de seru. pign. dat. manum.* Quid enim si manumissus sit longo tempore post constitutam generalē pignoris obligationē? Quis credat debitorem non cogitasse de illo obligando, de quo manumittendo vtique tum non cogitabat? Aut quomodo pignoris obligatio semel vtiliter cōstituta ex superueniente manumittendi voluntate finietur? Facit *l. si quis obligatum 6. D. qui sin. manum* etsi puto addita negatione legendum ibi *non obligatum* scilicèt specialiter vt diximus *ad tit. de ingen. Princ. 1.* probatúrque ex verbis illis sequentibus *licèt bona omnia quis obligauerit.* Scribendum enim erat *dummodo bona omnia* ad specialem obligationem excludendā, si obligatum fuisse seruum Marcianus in præcedentibus scripsisset. Mirum autem non est seruum qui non nisi generaliter obligatus sit haberi pro non obligato: scilicet quod ad hoc vt perinde possit manumitti acsi nullomodo esset obligatus. Alioquin plurium seruorum dominus qui vel pro vno denario si voles, bona sua omnia generaliter obligasset quantumuis locuples proponeretur, ne vnum quidem ex seruis suis manumittere interim posset, quod iniquissimum certè esset, ac contra fauorem libertatis *arg. l. Iulianus 6. in fin. D. qui & à quib. manum.* Denique non est indulgendum malitiæ creditoris si prætextu generalis suæ conuentionis de pignore velit impedire libertatem, Licèt dici soleat creditoris arbitrio permitti ex pignoribus sibi obligatis, quibus velit distractis ad suum commodū peruenire *l. creditoris 8. D. de distr. pignor.* Id enim sicut in cæteris quoque causis perpetuum non est *d. l. Moschis 47. De iur. fisc. d. l. 2. & Auth. hoc si debitor C. de pignor.* ita nec hîc obtinet ne libertas tam facilè & sine causa impediatur, data ab eo qui & pleno iure dominus serui est *d. l. generaliter, & nullam creditori suo iniuriam facit.* Ponimus enim & soluendo illum esse, & data quoque libertate nō desinere soluendo esse *l. in fraudem 10. D. qui & à quib. manum.* Obseruandum autem est ad impediendam serui obligati manumissionem, sufficere vt specialiter obligatus sit, quamuis tacitè tantùm non etiam expressim. Potest enim fieri vt seruus sit & specialiter & citra conuentionem obligatus, puta si à tutore comparatus sit ex pecunia pupilli. Quæ species & sententia est *l. pen. C. de seru. pign. dat. manum.* Alioqui ex eo solo quòd bona tutoris omnia obligata sunt pupillo pro administratione, manumissio non impediretur, si tutor modò soluendo esset *l. vlt. C. qui manum. non poss.* Sed & quod dicimus seruos ex pecunia pupilli emptos manumitti non posse, sic accipiendum est, vt tamen si manumissi sint, liberi fiant ex ea manumissione, quandocunque præstita pupillo indemnitate *d. l. pignori 26. D. qui & à quib. manum.*

l. generaliter 24. §. si quis seruo pignorato D. de fideic. libert.

l. si quis obligatum 6. D. qui sin. manumiss. emendata.

l. Iulianus 6. in fin. D. qui & à quib. man.

l. in fraude 10. eod. tit.

l. pen. C. de seru. pignor. dat. manū. l. vlt. C. qui manum. nō poss.

ILLATIO IV.

De manumisso per heredem seruo qui fuerat sub condicione legatus.

QVartò ex eodem Principio fit, vt seruus sub condicione legatus quaquis interim pleno iure sit heredis manumitti tamē non posit, *d.l.generaliter* 29.§.1.*eod.* vbi ratio redditur *ne legatario iniuria fieret.* Nam cùm existēs quandocunque condicio legati faciat vt legatum ab initio purè relictum videatur, & consequenter statim ex die mortis testatoris & recta via legatario acquisitum *l.is cui via* 11.§.1.D.*quemadm.seruit.amitt.l.& post litem* 12.§.*res quæ D.famil. ercisc.l.si fundum sub condicione* 81.*de legat.*1.*l.si fundum* 105.*De condic. & demonstr.*iunct.*l.à Titio* 64.D.*de furt.*appareret ex postfacto manumissum fuisse ab herede seruum alienum, quia legatū ita facit rem legatam legatarij vt hereditas heredis res singulas *l.legatum* 80.*de leg.*2. Et tamen libertas quæ semel ex manumissione competijsset retractari nunquam posset, ex generali regula de qua diximus *ad Princip.*2. *De iur.person. illat.*2. In quo necesse est deteriorē condicionem esse libertatis hominis quàm seruitutis realis interim ab herede constitutæ, quia nec eadem esse potest, propter libertatis fauorem, qui non pateretur vt libertas semel competens vnquam intercideret (quomodo pendente legati condicione seruitus constituta finitur existente quandoque condicione) nec melior ne iniuria fiat legatario.

l.generaliter 29.§.1. *D.qui & à quib. manumiss.*

l.legatum 80.*de legat.* 2.

ILLATIO V.

De facta manumissione vnius ex pluribus seruis quorum optio fuit legata alteri.

QVintò ex eodē Principio fit vt si optio hominis data sit, vel indistinctè homo legatus sit, non posit heres quosdam seruos vel omnes manumittēdo aut euertere aut minuere ius electionis. Nam optione vel electione serui data quodammodo singuli sub condicione legati videntur, inquit Caius in *l.*3.D.*qui & à quib.manum.* Nec simile est quod seruum heredis proprium à testatore pro suo iure legatum heres iure manumittit. §.*si res legata* 16.*Inst.de legat.* Id enim fit quia verum est heredem huius serui dominum esse, cùm non posit lex facere vt dominiū serui qui non fuit testatoris trāseat recta via à testatore in legatarium, Et quod dicitur perinde posse quem legare rem heredis vt suam propriā, adeò vt nec hoc casu distinguendū sit quo modo aliàs distingui solet re aliena legata, An testator suam esse putauerit, an sciuerit alienā *l.vnum ex familia* 67.§.*si rem de leg.*2. nō ita accipi debet vt perinde vtroque casu legatarius fiat dominus, sed vt perinde obligetur heres actione ex testamento ad præstandum legatum. Cæterùm ea personalis actio non impedit potestatem manumissionis factæ ab eo qui verus, & solus & pleno iure dominus fuit, sicut nec manumissio illa liberat heredem quominus ad præstandum serui precium eadem actione ex testamento post manumissionē quoque teneatur, siue legatum sciuerit, siue ignorauerit *d.§.si res legata l.si quis inquilinos* 112.§.1.*De legat.*1.*l.si seruum* 91.§.*de illo D.de verb. obligat.*quia scientiæ vel ignorantiæ eius nullam placuit hac parte admitti rationem *l.heres* 28.D.*qui & à quib.manum.* Atque ita certè accipiendum est quod ibi Paulus ait, heredem nihil agere manumittendo seruum proprium quem

l.3.D.qui & à quib. manum. §.*si res lega* 16 *Inst.*

l.vnum ex familia 67. §.*si rem de legat.* 2. *l.si quis inquilinos* 112. §.1.*de legat.* 1. *l.si seruū* 91. §.*de illo D de verb. obligat.l.heres* 28.*D. qui & à quib.manum.*

quem testator legauerat, non vti ne conferat ea manumissione libertatem, sed vt non idcirco se liberet ab actione testamento contra eum danda non pro seruo, sed pro serui precio.

ILLATIO VI.

De manumissione facta per reum criminis ex quo possit sequi publicatio.

SExtò ex eodem Principio fit vt non solùm is qui crimen aliquod publicum admisit ex quo sequi possit publicatio bonorum, sed is etiam qui eiusmodi criminis iam reus sit, nondum tamen damnatus, manumittere iure possit, quoniam ante dãnationem dominus est, Ait Paulus in *l. quæsitum est an is D. qui & à quib. manum.* Nec rectè cõparatur hic eis qui seruum vel pignoratum vel sub cõdicione legatum manumittũt, de quibus proximè diximus. Nam seruus specialiter obligatus ideò manumitti nõ potest, quia vinculo pignoris tenetur, quod vel inuito vel inscio creditore cuius interest, dissolui non potest. Quid autem tam contrariũ libertati quàm vinculũ vt suprà diximus illat. 3. Eius autem qui sub condicione legatus est manumissio ex eo impeditur, quòd existente quandocumque condicione à non domino facta reperiretur. At is qui reus criminis est, non solùm pleno iure dominus manet bonorum suorum omnium, sed etiam ita dominus vt quãuis posteà cõdẽnetur, non idcirco tamen dominus anteà non fuisse vnquam retrofingatur. Quid ergo est quod summo & stricto iure possit impedire manumissionẽ? Ideo nimirũ necesse fuit prouideri rescripto Imp. Antonini ad Calpurniũ Critonẽ, vt ex eo tẽpore quo quis propter facinorum suorũ cogitationem iam de pœna sua certus esse poterat, multò priùs conscientia delictorũ, quàm damnatione ius dandæ libertatis amisisse intelligatur, vt Paulus refert *in d. l. quæsitum* 15. & Marcianus *in l. qui pœna* 8. §. *Diuus de manumiss.* vbi quod mentio fit legis Corneliæ ostendit nihil hac parte crimen læsæ maiestatis à cæteris publicis criminibus differre. Quod autem sequitur *vel cùm futurum prospiceret vt damnaretur*, licèt generale videatur vt ad quemlibet referri possit qui crimen admiserit, tametsi nondũ fuerit delatus, de ijs tamen solis accipi debet, qui iam sint rei vt constat ex *d. l. quæsitum.* Nam nec quisquam bene prospicere potest futurum vt condemnetur quantũlibet delicti conscientia vrgeatur quandiu reus non est, cùm vel morte vel temporis pręscriptione accusationi subtrahi possit *l. 3. l. pen. & vlt.* C. *si reus vel accus. mort. fuer. l. querela* 12. *vbi not.* C. *ad leg. Cornel. de fals.* Sola excipiuntur iudicia maiestatis, & repetundarum, quæ etiam mortuis reis cum quibus nihil actum est adhuc exerceri placuit, vt bona fisco vindicentur, ob ídque ex Seueri & Antonini rescripto priuilegium meruerunt, vt ex quo quis aliquod ex his causis crimẽ contraxit, nihil ex bonis suis alienare, nec quẽquam ex seruis suis manumittere possit, *l. ex iudiciorum* 20. D. *de accusat. l. 2. & pen.* D. *ad leg. Iul. repetund.* Cæterùm prohibendę manumissionis pendente reatu cuiuscũque criminis publici causa illa fuit, quòd in fraudem futuræ condemnationis, id est pœnæ per legem indictæ huiusmodi manumissio fieri videatur, vt non obscurè innuit *d. l. qui pœna.* Quam in rem tamen videnda sunt quæ scripsimus ad *l. post contractum* 15. D. *de donat. lib. 7. Coniect.*

l. quæsitum est D. eod. tit. Qui & à quib. man.

l. qui pœna 8. §. Diuus D. *de manumiss.*

l. 3. pen. & vlt. C. si re vel accusat. mort. fuer. l. querela 12 C. ad leg. Cornel. de fals.

l. ex iudiciorum 20. D. de accusat. l. 2. & pen. D. ad leg. Iul. repetũd.

l. post contractum 15. D. de dona-

ILLATIO VII.

De lege Ælia Sentia & de manumißione facta in fraudem creditorum.

SEptimò ex eodem Principo sit vt necessaria fuerit lex Ælia Sentia ad impediendum ne quis posit manumittere in fraudem creditorum, id est si vel iam soluendo non sit ante datas libertates, vel futurum sit vt datis ijs desinat esse soluendo. *d.l. in fraudem* 10. *D. qui & à quib. manum.* & dicemus latiùs *tit. seq.* Nam cùm nemo ob id solum quod habet creditores præsertim chirographariòs tantùm, desinat esse dominus rerum suarum, ob idq; liberam habeat earum alienationem *l.2.D. si à parent. quis manum. fuer.* adeò vt etiamsi in fraudē creditorū facta sit alienatio, colludente acquisitore, non idcirco tamen nulla sit & irrita, sed reuocāda per actionē prætoriā ex edicto *de his quæ in frau. cre.* quā ideò reuocatoriā appellamus *l.1. & tot. tit. quæ in fraud. credit.* D. & C. consequens est vt multò magis valitura esset manumissio ni lex Ælia Sentia obstaret, per quam prouideri necesse fuit, vt ab initio impediretur manumissio, cùm illud induci non posset, vt libertas quæ semel cōpetijsset reuocari deberet, vt sæpius iam diximus.

l. in fraudē 10. D. qui & à quib. manum. l.2. D. si à parent. quis manum. sit. Tit. quæ in fraud. credit. D. & C.

ILLATIO VIII.

De prohibita minori annis viginti per legem Æliam Sentiam manumißione.

OCtauò ex eodem Principio fit vt eadem lege Ælia Sentia prohibendū fuerit minori viginti annis ne manumittere posset etiā citra fraudē creditorum, Cùm alioqui manumissio tanquam à vero domino facta non posset non valere *l. 1. D. de manumiss.* Digna enim res visa est libertas quæ non nisi iustissima ratione certóque iudicio tribueretur. Tātique momēti est, vt ob hoc ipsum sicut aliàs fauorabilior & melioris cōdicionis esse solet quàm res cæteræ, ita hac parte sit deterioris, quia de cæteris rebus omnibus potest quilibet ciuis romanus liberè testari post impletum annum decimumquartum *l. à qua ætate 5. D. qui test. fac. poss.* ac multò magis inter viuos saltem cum autoritate curatoris ante orationem Seueri de qua *in l.1. D. de reb. eor. qui sub tutel.* vt dicemus latiùs *ad tit. seq.*

l.1. D. de manumiss.

ILLATIO IX.

De acquirenda libertate citra manumißionem.

NOnò ex eodem Principio fit vt è contrario legum & constitutionum auxilio opus fuerit ad hoc vt sine manumissione posset quis ad libertatem peruenire, Iis nimirum casibus in quibus placuit non esse necessariā manumissionem. De quibus *in tit. D. qui sin. manumiss. ad libert. peruen.* Et C. *pro quib. caus. serui pro præm. libert. accip.* Quomodo enim fieri posset vt quis liber fieret nisi per manum eius in cuius manu esset? Ii verò casus quinam sint & quomodo intelligēdi iam diximus *ad Tit. de ingen. Princip.* 1. etsi locus hic ad eum tractatum accommodatior videbatur. Omnibus tamen commune illud est, vt non tantùm potestate iuris, sed etiam voluntate & facto domini manumissus intelligatur quisquis citra manumissionem pro libero, & vt meliùs dicam pro manumisso habetur, siue quòd conuentioni cum priore domi-

Tit. D. qui sin. manu. ad libert. peruen. Tit. C. pro quib. caus. serui pro præm. libert. accip.

domino initæ satisfactum non fuerit, siue ob noui domini delictum *l.si mancipium* 34.D.*de euict.* licèt hoc casu non fiat libertus domini qui deliquit sed prioris venditoris qui eam legem dixerat aduersus quam delictum admissũ est vt *in l.sed si hac lege* 10.§.1.D.*de in ius vocand.l.Diuus Vespasianus* 7. D. *de iur.patron.* Sanè cùm pro præmio lex dat libertatem quia vtitur iure suo, & de priuati bonis disponit, tanquam quæ ipsa sit & personarum & bonorum omnium domina ac regina, nulla indiget fictione vt factum hominis, tacitáque manumissio interuenisse intelligatur, sed tamen ne quid emergat iniqui, iubet lex precium hoc casu solui domino, vt de publicæ vtilitatis bono nihil per priuatã iniuriam detrahatur *l.2.C.pro quib. caus. serui pro præm. libert.accip.* *l.si mancipium 34. D. de euict.* *l.sed si hac lege 10. §. 1. D de in ius vocand. l. Diuus Vespasianus 7. D.de iur. patr.* *l.2.C pro quib.caus. serui pro præm.liber. accip.*

ILLAT. X.

De tacita manumißione quæ prosit etiam ad tribuendam ingenuitatem.

DEcimò ex eodem Principio fit vt si seruus sciente domino mercatur militiam aut quamlibet dignitatem adipiscatur repente ab imperio liberetur & in ipsam rapiatur ingenuitatem, quomodo loquitur Iustin.*in princip.Nouell.*81.*cui tit.est Constit.quæ dignit.& episcop.fil.liber.patr.pot.* quasi tacita illa manumisio dicenda sit, inducendáq; ex sola scientia domini: quem ita puniri debere visum est, ideo fortasse, ne alioqui quorundam dominorum nimia erga seruos indulgentia inquinaret ordinem militarem aut alterius cuiuslibet dignitatis autoritatem *arg.l.* 1.*D.de collus.deteg.* Quò ferè pertinet quod scribit Papin.*in l.operis* 43.*De oper.libert.* operis obligatum militiæ nomen non sine iniuria patroni dare posse. Quamquam non ita hoc accipiendum est vt ob eam causam nomen militiæ dare prohibeatur, sed sic potiùs, vt si dederit, operæ intercidant, in eóque damnum patronus patiatur, quemadmodum & si ad eam dignitatem libertus perueniret vt inconueniens esset præstari operas patrono, ipso iure operæ intercidérent. *l.interdum* 34.*in fin.eod.* quia cùm libertus sit liber, non est prohibendus quo minùs & militiæ nomẽ det & dignitates adipiscatur, præsertim cùm boni quoque publici fauor in eo versetur, Quod in seruo diuersum est. Non potest tamen militia facere quominùs ingratus libertus in seruitutem reuocetur *l. vlt.C.de libert.& eor.liber.* *Nouell.81. Constit.quæ dignit & episcop.fil.liber patr. potest.* *l.operis 43. de oper. libert.* *l. interdum 34.in fin. eod.* *l.vlt.C.de libert. & eor.liber.*

PRINCIPIVM II.

De libertinorum definitione.

LIbertini sunt, qui ex iusta seruitute manumißi sunt.l.libertini 6. D. *de stat. homin.* Iustam verò seruitutem intellige, quæ faciat vt ante manumissionem iure ac verè seruus fuerit is qui manumissus est, Iure inquam aut gentium aut ciuili. Nam si fuerit tantùm in seruitute id est in seruitutis possessione ac pro seruo habitus, quẽadmodum explicauimus ad *Princip.*4 *sup.tit. prox.* sicuti non eo minùs ingenuus esse & manere intelligitur, ita nec per manumisionem libertinus fieri potest. Denique talem manumisionẽ esse necesse est per quam liber fiat is qui antè seruus fuit, Ob eámque causam manumisionem quoque iustã esse oportet, id est non tantùm voluntate manumittentis, sed etiã iuris auxilio & potestate munitam. Alioqui non potest ex manumisione libertinus fieri qui seruus manet. Finge manumissum *l.libertini 6. D. de stat. homin.*

quem esse contra legem Æliam Sentiam, id est ab eo qui soluendo non erat, aut à minore annis viginti. Non erit libertinus qui non est liber. Finge coactum fuisse dominum per seruum ad manumisionem, dominúmque perterritũ scripsisse liberum eum esse. Non potest videri dedisse libertatẽ is qui liber ipse vt ita dicam non fuit, id est qui liberum dandæ vel denegandæ libertatis arbitrium non habuit *l. ille seruus 9. D. qui & à quib. manum.* Idémque iuris est si priuatus coactus à populo manumiserit. Quamuis enim volũtatem suam accommodauerit, quia tamen non liberè, sed coactè fecit, neq; liber fiet hic seruus, neque consequenter libertinus. Nam & Diuus Marcus prohibuit, & eo auctore amplissimus ordo censuit ne quis ex acclamatione populi & in spectaculo quod edatur actorem suum, alienúmve seruũ manumitteret, Ac vt si factum id esset pro infecto haberetur *l. si priuatus 17. eod.* iunct. *l. 3. C. qui manum. non poss.* Idem est si mentitus dominus seruum suum dixerit esse liberum ne à magistratibus castigaretur. Mentitus autem videtur non hoc ipsò quod liberum hunc esse dixit qui in eum vsque diem seruus fuit, sed ita demum si non habuerit voluntatem manumittendi. Alioqui nõ mentitur dicens liberum eum qui adhuc seruus est cùm hoc ipso faciat eum liberum si animum habeat dandæ libertatis *d. l. si priuatus §. 1. qui & à quib. manum.* Iustam ergo manumisionem esse, ac præcedere iustam seruitutem oportet, vt ex seruo fiat quis libertinus. An autem iusta an iniusta sit manumisio necne, tunc tantùm distinguimus, cùm de expressa manumisione tractamus. Tacita enim non potest iusta non esse, cùm sola legis potestate inducantur, ob ídque tacita appelletur. Sicut è contrario vt tacita manumisio inducatur non sufficit iustam eius inducendæ causam subesse nisi iuris quoque autoritas accedat. Finge seruum in capitali causa fortunæ iudicio commissum à domino fuisse, nec defensum, sed quasi habitum pro derelicto. An nõ tam iusta causa est vt huic libertatem competere dicamus, quàm si eum dominus ob grauem infirmitatem pro derelicto habuisset? vt *in l. 2. D. qui sin. manum. ad libert. peruen.* Et tamen placuit hunc quamuis absolutum non idcirco fieri liberum *d. l. ille seruus 9. §. 1. D. qui & à quib. manumiss. l. seruus 13. D. de stat. homin.* quia nulla de eo lex lata est, Et reuera nõ habetur pro derelicto *l. sciendum 9. D. de public. iudic.* licèt tantò magis impius sit dominus qui non habens seruum pro derelicto, nolit eum in capitali iudicio defendere, quanto durius est per carnificem, quàm naturaliter mortem obire.

l. ille seruus 9. D. qui & à quib. manum.

l. si priuatus 17. eod. l. 3. C qui manu. non poss.

d. l. si priuatus §. 1.

l. 2. D. qui sine manumiss. ad libert. peruẽ. d l. ille seruus §. 1. qui & à quib. manum. l. seruus 13. D. de stat. homin. l. sciendum 9. D. de public. iudic.

ILLATIO I.

De manumißione illius qui cùm liber esset, paßus est se venundari ad precium participandum.

EX hoc Principio illud fit, quod Modestinus scribit in *l. homo liber 21. D. de stat. homin.* hominem liberum qui se vendidit scilicet ad precium participandum, si posteà manumissus sit, non reuerti ad pristinum statum quo se abdicauit, sed effici libertinæ condicionis. Nimirum quia verè ac iure ciuili seruus aliquando fuit.

l. homo liber 21. D. de sta. homin.

ILLA-

ILLATIO II.

De ingenuo manumisso.

SEcundò ex eodem Principio fit quod diximus ad tit.præcedentem, natalibus ingenuis non officere inutilem manumißionem. Non enim quælibet manumißio facit libertinum, sed ea demùm quam iusta seruitus præcesit.

ILLATIO III.

De nomine libertorum & libertinorum & in quo differant.

TErtiò ex eodem Principio fit, vt non alij libertini dici posint, quàm illi ipsi, qui manumisi sunt, qui & liberti appellantur. Ita vt nulla differentia sit inter libertũ & libertinũ. Nã & qui ex liberto nascitur, dũmodo ex matre quæ aliquo instanti ab ipso momento conceptionis fuerit libera, non solùm liber est, sed etiã ingenuus, nec magis libertinus quàm libertus dici potest, vt non malè hic Bart. disputat contra grammaticos sui temporis, qui libertũ definiebant eum, qui esset ipse manumissus, libertinũ verò qui ex liberto natus fuisset. Nos iã satis multa de hoc scripsimus ad tit. præcedentẽ, Sanè si quid inter libertũ & libertinũ interest hoc vnum est, quod libertũ esse qualitas personę est, & quidem qualitas correlatiua, dicitur enim libertus ex cõparatione patroni. Esse verò libertinũ qualitas est nõ tã personæ quàm condicionis. Ipsam enim condicionẽ eius qui per manumißionem ex seruo liber libertúsque factus est, libertinitatem appellamus, oppositã ingenuitati, ex qua sicut ingenui nomen sumpserũt, ita & ex libertinitate libertini. Denique si quis ex iusta seruitute ita manumissus sit, vt tamen nullius libertus dici posit, puta si ancilla contra legẽ venditionis prostituta sit ab ipso venditore *l. sed si hac lege* 10. §. 1. D. *de in ius vocand.* aut si necẽ domini seruus detexerit *l. si necem* 4. D. *de bon. libert.* non erit quidẽ libertus qui patronũ nullũ habet, sed tamen nõ eo minùs erit libertinus, qui vtiq; dici ingenuus nõ potest, cùm aliquando fuerit seruus. Sicut enim summa hominũ diuisio illa est, vt alij sint liberi, alij serui, Sic & liberorũ quotquot sunt vt alij sint ingenui, alij libertini *l. & seruorum* 5. D. *de stat. homin.* vbi obseruandum est non sic loqui Marcianum vt dicat liberorum hominum alios esse ingenuos alios libertos, quæ manca & imperfecta diuisio esset, sed alios ingenuos, alios libertinos. Denique libertinæ condicionis hominum filij ab ipsis hominibus libertinæ condicionis separãtur *in l. vlt. C. de liber. & eor. libert.* vt appareat non esse illos libertinos.

Libertus dicitur per correlationem ad patronũ, libertinus verò ad differentiã ingenui.

l sed si hac lege 10. §. 1. D. de in ius vocand.
l. si necem 4. D. de bon. libert.
l & seruorũ 5. D. de stat. homin.
l. vlt. C. de liber. & eor. liber.

ILLAT. IV.

De manumißis in seruitutem non reuocandis.

QVartò ex eodem Principio fit, vt qui ex iusta seruitute manumisi libertatem consecuti sunt liberũ vbi voluerint cõmorandi arbitriũ habeãt, nec à patronis aut patronorum filijs reuocari posint in seruitutem nisi probentur ingrati *l. penult. C. de oper. libert.* Qui enim seruum suum manumittit, abdicat à se ius omne quod antea in eum habuit, excepto solo iure patronatus, plenéque fit liber is qui manumittitur. Species autem seruitutis esset, iúsque libertatis infringeretur, si in certo loco domicilium collocare inuitus libertus cogeretur *l. Titio centum* 71. §. 2. D. *de condic. & demonstr.* aut si maneat perpetuò expositus metui amittendæ ad patroni nutum libertatis *l. 1. §. qua o-*

l pen. C. de oper. libert.
l. Titio centum 71. §. Titio centũ de cõdic. & demonstr.
L. 1. §. qua onerandæ l. vlt. in fin. D. quar. rer act. non dat.

l.2.l.is qui onerandæ D. de oper. libert.

nerandæ l.vlt.in fin.D.quar.rer.act.non dat.l.2.l.is qui onerandæ D.*de oper.libert.* quibus locis & alijs plerisque similibus scriptum est nihil valere & sine effectu esse quicquid fit onerandæ libertatis causa.

ILLATIO V.

De iuribus quæ habent liberti communia cum cæteris hominibus liberis.

QVintò ex eodem Principio fit vt libertus eadẽ iura omnia habeat quæ cæteri homines liberi, & ciues romani habent, quoties nimirum ciuitas cũ libertate obtingit secundũ ea quæ in sequentibus dicemus. Eiusmodi illud est quod per patronũ à licita negotiatione prohiberi non potest *l.2.* D. *de iur.patron.*dum nec patronus ex ea negotiatione damnum passurus sit vt in specie *l.quaro* 18.*eod.l.libertus* 45.*De oper.libert.*Item quod neque à patrono, neque à patroni filio& herede iniuria adficiendus est *l.cùm nec patronos 6. C.de iniur.*Itẽ quod pro patrono cõueniri non debet *l.vlt.C.ne fil.pro patr.* Item quod operas non debet nisi impositas ab ipso patrono. Nullis impositis consuetum potiùs obsequium quàm seruile ministerium exhibere, neque vincula perpeti debet *l.libertos 6.C.de obseq.patrõ.*Impositas autẽ operas patrono quidem debet, sed patroni filijs nihil nisi reuerentiam *l.pen.C.de oper.libert.* Item quod potest esse adsessor *l.2.D.de offic.adsess.* vt & postulare *l.2.C.de postul. & adrogari l.3.l.in adoptionem* 8.*C.de adopt.*Patriam potestatẽ in liberos suos legitimos exercere potest *l.libertos* 8.*C.de patr.potest.l.filiũ 7.* C.*de suis & legit.*& consequenter aut potiùs in necessariũ antecedens legitimas nuptias contrahere *d.l.filium.*Denique possunt liberti omnia propemodum facere quæ ingenui, Nisi quatenus per eam reuerentiam quam patrono debent prohibentur, Vt puta si quid facere velint, quod in patroni dedecus aut dispendium vertat, vt mox dicemus. Iunge *Nouell.*78.*cap.*1.*&* 2.

Ro. l. quaro 18.D.de iur patron.l. libertus 45.de oper. libert. l.cùm nec patronos 6. C. de iniur. l.vlt.C.ne filius pro patr. l.libertos 6. C. de obseq. patr. l.pen.C.de oper. libert. l.2.D. de offic. adsess. l. 2. C. de postul.l.3.l. in adoptionem 8.C. de adopt. l. libertos 8. C.de patr. potest. l.filiũ 7. C.de suis & legit. Nouell. 78. cap.1. & 2.

ILLATIO VI.

De libertate quam dat manumissor, quænam & qualis illa sit.

SExtò ex eodem Principio fit, vt appareat ridiculam esse quæstionem illam quæ tam malè habuit Accursium Bartolum & alios interpretes nostros ad hunc titulũ, An qui manumittit eam libertatem det, quæ sit sua, an eam quæ sit aliena. Nam si dat suam, inquiunt, Ergo fit ipse seruus: sin alienam, Ergo nihil agit quia dat quod non habet. Ego verò dico dationẽ hanc libertatis nihil aliud esse quàm missionem è domini manu & potestate, vt ex vtraque ista & libertinorum & manumissionis definitione apparet, Ac proinde non esse alienationem libertatis, quo sensu procederet obiectio, sed tãtùm remissionem eius iuris & dominij quod habebat dominus in seruum, qua remissione facta per eũ actũ quẽ lex adprobet, id est non nuda voluntate (nemo enim solo animo dominium suum amittere potest *l.si quis vi* 17. *§.differentia D.de acquir.possess.*nisi cùm habet quid pro derelicto, quod hîc non contingit *l.1.2.& tot.tit.*D.*pro derelict.*) sed per legitimã manumissionẽ siue inter viuos siue in vltima voluntate factam, quid superest nisi vt talis seruus sit, quales à natura sunt homines omnes, id est liber? Nam cùm libertas non ab homine sit, sed ab ipsa natura vt ex eius definitione constat, tolle seruitutem, hoc ipso dederis libertatem. Atqui seruitus nihil nisi priuatio libertatis

Manumissio non est libertatis alienatio, sed datio.

tatis est, totáque ex eo æstimatur quod is qui alioqui naturaliter liber esset ac sui iuris alieno iuri & dominio& potestati contra naturam subiicitur,vt ipsa etiam seruitutis diffinitio probat,Ea porrò subiectio iure gentium inducta primùm fuit ex eo quod qui in bello ab hostibus vincebantur nec occidebantur, manu capiebantur, vnde & mancipia dicta quemadmodum suo loco tradidimus.Ergo vt vnumquodque dissoluatur eo modo quo colligatum est secundum vulgarem & naturalem iuris regulam *l.nihil tam naturale* 35.*De regul.iur.l.prout.*80.*de solut.*dare aut vt meliùs loquar reddere libertatem id vnum est de manu tua emittere, quod manu ceperas: quemadmodum libertatem captæ aui restitueres, si eam è tua manu euolare patereris, nec idcirco tamen dici posses quicquam ei dedisse quod tuum esset.

ILLAT. VII.

De talliabilibus nostri temporis,quòd non sint comparandi libertinis.

SEptimò ex eodem Principio fit vt id hominum genus quos ætate nostra plerisque locis tam multos esse videmus talliabiles,vt vocant,& manusmortuæ, inter libertinos vulgo à plerisque pragmaticis malè censeatur.Nã si libertinus ille demum est qui ex iusta seruitute manumissus est, quomodo libertini dici possunt qui nec vnquam serui fuerunt, nec vnquam manumissi?Imo verò ex plenissima non solùm libertate sed etiam ingenuitate rapiunt se in hanc condicionem, qui talliabiles fiunt, siue fiant per expressam conuentionem vt apud nos, siue per tacitam,vt in Burgundia & alijs nõ nullis Galliæ locis in quibus sufficit, quòd per annum & diem quis in mãso vt vocãt talliabili habitauerit,ad hoc vt& ipse talliabilis fiat.Pragmaticos nostros illud decepit quod vident huiusmodi talliabilium eandem ferè condicionem esse quæ olium fuit eorum libertinorum qui latinam duntaxat libertatem accepissent.Nam cùm olim triplex status esset libertinorum, vt Iustin.*in hoc tit.*refert,Primus eorum qui plenissimam & romanam libertatem meruissent, Alius eorum qui omnium minimam & pessimam qui dedititij dicebantur,quos placebat neque testamentum facere,neque ex testamento capere quicquam posse, nulláque ratione ad ciuitatem perduci, vt testatur Caius in *Instit.lib.1.tit.1.§.4.& 5.& Vlp.in Titulis tit.* 1. *§.* 11. *&* 14.*& tit.* 22.*§.*2.Media fuit condicio Latinorum qui ex manumissione talem libertatem consequebantur,vt viuerent quidem liberi, sed tamen morerentur serui, & in ipso instanti mortis non solùm in mortem eriperentur, sed etiam in seruitutem, vt Iustin.loquitur *in l.vnic.vers.quis enim patiatur & §.illud etiam satis acerbum C.de latin.libert.tollend.*Nostri autem talliabiles eo iure vtuntur, vt quamuis viuant liberi & ex testamento cuiuslibet capere possint, nec nisi promissas operas conuentáque obsequia ijs debeant quorum talliabiles sunt: testamẽtũ tamẽ nisi inter suos facere nequeãt, id est inter descẽdẽtes suos vel agnatos cũ quibus habeant cõmunionẽ bonorũ,Quibusomnib. deficiẽtibus succedit ijs dominus suo iure, nec patitur vt ab intestato magis quàm ex testamẽto heredẽ habere possint,ne quidẽ patrẽ aut matrẽ:Idq; nõ solùm in ijs bonis quæ ab ipso domino eiusve maiorib. aliquando profecta sint, quodesset tolerabilius sed in ceteris etiã ex talliabilis hominis industria acquisitis. Quod ius cõsuetudine sola introductũ eam originis suæ rationẽ

Talliabiles nec serui vnquam fuerunt,nec vnquã manumißi.

l.vnic. ver. quis enim patiatur & §. illud etiã satis acerbũ C. de latin. libert.toll.

De causa& origine talliabilium, & consuetudinis quæ de ijs apud nos obtinet.

habuisse videtur, quòd cùm plerisque locis tam inæqualiter distincta essent rerum dominia, vt quidam colendis exercendísque prædijs suis, superesse nõ possent, alij verò non habentes quod colerent aut vnde viuerent in eo essent vt fame perituri viderentur, si nõ ijs ditiorũ liberalitas subueniret, Visum est posse & publicè & vtrisque priuatim ita consuli, si ditiores egentibus darent ex fundis suis tot ęxcolendos perpetuæ emphyteusis iure vt ex eorum fructibus quos possessoris industria eliceret, posset ille sibi suísque victũ quærere, adeóq; si quid superesset ex eo alia bona propriúmq; patrimoniũ sibi cõparare, hac tamen lege vt si quãdo possessorẽ hunc & emphyteutã veriùs quàm colonũ, eiúsve liberos tandem aliquando sine liberis mori contingeret, bona ipsius aut vltimi liberorũ decedentis omnia ad priorẽ dominũ eiúsve successores pertinerent, Nec ea tãtùm quæ ab ipso primùm profecta essent, sed illa etiã quæ aliunde parta essent, tanquam ex illius re, licèt per possessoris industriã acquisita. Cur enim hanc legẽ & cõdicionẽ recusasset miser homo, alioquin fortasis fame cum liberis suis periturus? Aut quid aliud curare debebat, quàm vt sibi suísque quandiu eorum vel vnus esset, abundè cautũ foret: quamuis inde futurum esset vt ei qui ex ipsis vltimus decederet, testandi facultas nulla superesset? Quid rursum æquius, quàm seruari pacta omnia de quibus bona fide conuenerit inter dominũ res suas tradentẽ, & accipientẽ, ac sine quibus non fuerat ille traditurus, aut aliter contracturus *l. vlt. C. de pact. int. empt. & vendit. l. in traditionibus* 48. *D. de pact. l. venditor* 13. *D. commun. præd.* Denique quis nescit quàm inutilis & inanis esse soleat industria hominis, si neq; habeat hominẽ qui, vt dici solet, mittat in piscinã, neq; bonorũ quicquã in quo administrãdo & adaugẽdo industriã exercere posit? Est .n. vera & perpetua illa philosophorũ traditio, Ex nihilo naturaliter fieri nihil. Quæ omnia si quis attentiùs consideret, fatebitur vtique non esse tam odiosas huiusmodi leges talliabilitatis quàm vulgo existimãtur. De quo nos plura scripsimus, & omnia ferè quæ ad hanc hominũ condicionẽ pertinẽt in Codice Fabriano. Vtcumq; sit ne ab instituto tractatu longiùs deerremus, nõ possunt isti dici libertini, neq; Latinorum veterum exẽplo, neq; alia vlla ratione, cùm ex iusta seruitute nunquã fuerint manumissi, etsi maximè verum esset, viuere illos liberos, & mori seruos. De illo potiùs dubitari potest, an serui dicendi sint. Accedunt enim proximè ad condicionẽ adscriptitiorum de quibus *in l. cùm scimus* 22. *& tot. tit. C. de agricol. & censit. & colon. lib.* 11. *tit.* 47. Adscriptitios autẽ si non omnino & absolutè serui dicendi sunt, vt probatur non malè ex *§. adscriptitios. Nou. de sanctiss. episcop.* aliquomodo tamẽ seruos esse negari non potest, cùm & serui plerumq; ipsi & dominum habere dicantur, vt contra Bart. & veteres interpretes disputat Hugo Donell. *lib.* 2. *Comment. de iur. ciuil. tit.* 9. *in fin. l.* 21. *in fin. ex l. vlt. C. de agric. & censu.* in iis verbis *habere potestatem dominum eius.* Etsi potest dici non tam dominum personæ illum esse qui dominus dicitur, quàm dominum terræ, Per consequẽtias verò esse dominum hominis qui terræ ita inhæreat, vt ipsius terræ mẽbrum existimetur, quomodo Iust. loquitur *in d. l. cùm scimus & l. cùm satis in princ. eod.* Inde nãque dicuntur isti adscriptitij quòd adscripti sint, addicti, & vt ita dicam, affixi glebæ, itẽq; censiti *l. quẽadmodũ* 7. *eod.* id est censibus adscripti *l. colonos* 18. *eod.* aut adnotati *l. quisquis* 16. *C. de episc. & cler.* quòd essent in cẽsu eius loci, id est in ijs quæ de illo loco in cẽsũ publicũ referebãtur. Vnde & qui eã cõdicionẽ exuere volunt dicũtur vindicare sibi libertatẽ, & q inuitis vel

Viuere quẽ liberum, & mori seruũ. l. cùm scim⁹ 22. & tot. tit. C. de agric. & censi. lib. 11. tit. 47. §. adscriptitios Nouell. De sanctiss. episcop. l. 21. in fin. & l. vlt. C. de agricol. & censit. De adscriptitijs & censit. & curia dicãtur.

vel insciis dominis id assequi tentant seruis fugitiuis comparantur, & sese diutinis insidiis furari intelliguntur, vt ait *d.l.cùm satis.* Esse tamen eos verè liberos non seruos si propriè & strictè seruorũ nomen accipiatur, constat apertissimè ex *d.l.cùm satis.§.1.vers.sancimus liberos colonorum esse quidem in perpetuum secundum præfatam legem liberos, non autem habere licẽtiam relicto suo rure ad aliud migrare.* Vt proinde fatendum sit esse quidem illos liberos, sed tamen iis legibus támque duris condicionibus obstrictam esse illorum libertatem, vt propemodum serui videantur. Denique fatendum est eos non habere plenissimam libertatem, ac multò deterioris fortunæ & condicionis esse quàm sint cæteri qui sunt liberi. Idem de talliabilibus nostris tractari potest, quos equidem liberos esse & manere adeóque ingenuos negari non potest (quidni enim erunt ingenui qui nunquam serui fuerunt?) Sed tamen ea libertatis specie quæ plena & absoluta libertas dici nequeat propter eas condiciones, duras sanè ac plerumque impias, humanas & Christiana religione parum dignas quibus obstricta est. Quare non sine causa protrahunt nostri ad hoc hominum genus multa legibus nostris non tantùm quod ad censitos & adscriptitios, sed etiam quod ad seruos constituta. Qualẽ inter cætera illud est vt nemo se propria confessione talliabilem constituere possit, si non aliud probationis adminiculũ accedat quod de adscriptitiis traditum est *in d.l. cùm scimus*, sicut & iã olim de seruis *l.nec si volens 6. l.liberos 39.C.de liber.caus.* In eo autem maximè talliabilitas seruituti comparatur quòd vtraque odiosa est, cùm hac parte parum referat an hominis libertas nulla sit, an verò minùs plena & perfecta. Ea namque libertas fauorabilis est quæ est naturalis. Ergo quæ plena est, perfecta & absoluta. Atqui naturaliter omnes homies plenè & perfectè & absolutè liberi, non his aut illis condicionibus obstricti, quæ licèt à iustis conuẽtionibus initium sumpserint, ideóque nec improbãdę sint si de iis bene constet, vt suprà disputauimus, sunt tamen contra naturam hoc ipso quod plenissimam illam libertatem minuunt & infringunt quam omnibus parem & æqualem natura dedit: ob idque in dubio contra eas pro plenissima libertate & præsumendum & pronunciandum est. Sic in quæstione De iure libertinitatis & ingenuitatis magis fauemus ingenuitati, quia quamuis vtroque casu perinde liber sit is de cuius statu quæritur, pleniore tamen libertate ac multò meliore condicione fruitur, qui ingenuus quàm qui libertinus est. Hac deniq; ratione Iustinianus noster abrogata & antiquata illa dedititia primùm, deinde latina libertate. *Tit.C.de dedit. libert.toll.& de latin.libert.tollend.* constituit vt hodie libertorum omnium vna eadémque condicio sit, id est vt omnes romanam, id est plenissimam libertatem & cum libertate ciuitatem consequantur: omnia denique præterquam ingenuitatem, quam scilicet cùm à natura non à manumissionis aut legis beneficio pendeat, non potuit Iustinianus dare iis qui in seruitute nati essent, & in quos salua patronatus iura conseruari non tantùm patronorum interesset, verùm etiam publicè, & ipsorũ quoque seruorũ, ne alioqui nullo patronatus commodo inuitati domini à manumittendis seruis reuocarentur. Vt concludam vno verbo, Sicut in eo conueniũt talliabiles nostri temporis cum antiquis illis libertis & latinis & dedititiis & romanis, quod liberi sunt nõ serui, licèt plenissima libertate nõ fruantur, quæ potiùs ingenuitas dicẽda esset. Ita in eo tãtùm differunt, quod in antiquis illis libertis vestigia erant seruitutis bene quidẽ aliquando cõstitutæ,

l. cùm satis in princ. & §. 1. C.de agricol. & censit.

l.nec si volens 6.l.liberos 39. C.de liber.caus.

Cur magis faueamus ingenuitati quàm libertinati, cùm libertini sint æquè liberi.

In quo potissimum differant talliabiles nostri temporis ab antiquis ingenuis & libertinis.

ſed iam præteritæ. In noſtris verò talliabilibus initia potiùs & incunabula quædã ſunt ſeruitutis, licèt talis quæ adoleſcere tandémque conſtitui nunquam poſsit, vt & in cenſitis & in adſcriptitijs vſuueniebat. Porrò quemadmodum nemo in eo ſtatu eſt vnde aut quò progreditur, ita nec in illo vnde aut quò regreditur, & contrà: quia medium quod inter duo extrēma eſt ab vtroque extremo re ipſa diſtinctum eſſe neceſſe eſt. Propter quam cauſam illud etiam defendi non malè poteſt, talliabiles noſtri tēporis ſiue ij ipſi ſint qui talliabilitatis condicionem iuſta conuentione contraxerunt, ſiue eorum liberi, minùs propriè ingenuos dici, quia tametſi naſcantur liberi, perinde tamen ſeruitutis vmbram & imaginem quandam retinent, tanquã ea condicione affecti quæ vergat ad ſeruitutē, ac ſi è ſeruitute per manumiſsionem emerſiſſent. Denique plenè & abſolutè liberos eſſe oportet omnes eos qui ingenuorum nomen mereantur ex noſtris legibus, quibus ſcilicet prorſus incognita fuit, noua iſta hominum condicio, quæ non tam veſtigium, quàm initium vt dixi & indicium habeat ſeruitutis.

Nemo in eo ſtatu eſt vnde aut quò progreditur nec vnde aut quò regreditur.

ILLATIO VIII.

De iure patronatus quod acquiritur manumiſſori in perſonam & bona liberti.

Tit. de iur. patron. & in quo ius patronatus conſiſtat. Tit. De obſeq. parent. & patron. præſt. De oper. libert. De bon. libert.

Octauò ex eodem ſupradicto Principio fit, vt manumiſſori acquiratur ius patronatus tam in perſonam, quàm in bona liberti, ſcilicet pro beneficio manumiſsionis, & in memoriam vicémque redditæ libertatis. Quid enim non debere velit libertus patrono à quo tãtam rem quanta libertas eſt acceperit? Hinc *tit. in Pand. De iur. patron.* Ius patronatus quod ad perſonam liberti attinet conſiſtit in obſequiis & in operis, quo verbo etiam cætera quæ libertatis cauſa ſunt impoſita, ſignificamus. Quod verò ad bona ſpectat, conſiſtit in ſucceſsione libertorum. De omnibus tituli ſunt ſpeciales & ſeparati *De obſeq. parent. & patr. præſt. De oper. libert. D. & C.* Obſequium nihil hîc aliud eſt quàm honos & reuerentia quam libertus patrono debet *l. nec quicquam 9. §. de plano D. de offic. proconſ. l. 5. §. vtrum D. de liber. agnoſc. l. ſed ſi hac lege 10. §. 1. & §. patronum de in ius vocand. l. 2. l. licèt 7. in fin. D. de obſeq. parent. & patr. præſt.* Nec tantùm patrono, ſed etiam eius liberis *l. penult. C. de oper. libert. l. 5. C. de obſeq.* adeóque heredibus patroni quibuſcunque *l. 3. C. de libert. & eor. liber.* etiam extraneis *l. 2. C. de in ius vocand.* vbi additur quod notatu dignũ eſt honorē hunc adeò naturali ratione debitũ eſſe, vt neq; ruſticitati hac parte ſit parcendum, cui tamē plerumque alias parci ſolet, in ijs ſcilicet quæ ciuilem magis quàm naturalē aliquã habent rationē *l. ſi quis id quod 7. §. pen. D. de iuriſdict. l. 3. §. etſi ſciens 22. D. de SC. Silan. l. 2. §. 1. ſi quis in ius vocat. nõ ier. l. 1. §. vlt. D. de edend. l. pen. C. qui adm. ad bonor. poſſ. l. vlt. C. de teſtam. l. vnic. §. 1. C. de rei vxor. act.* Honor autem hic in eo potiſsimùm verſatur vt libertus tã in faciendo quàm in non faciendo patroni perſonam ſibi honeſtam & ſanctã eſſe teſtetur, quēadmodũ loquitur Vlp. *in l. liberto 9. de obſeq.* Id ni faciat ingratus eſt *l. 1. l. ingratus 19. D. de iur. patron.* vbi additur ingratum etiam eſſe libertum qui res patroni filiorúmve tutelã adminiſtrare detrectat. Eſt enim id ex officio viri boni & amici, quamquam longè minus eſt inofficioſum eſſe libertum quàm ingratũ. Ingrati accuſatio eſt *l. ſi quis 30. D. qui & à quib. manum.* Inofficioſi verò, querela tantùm *d. l. 1. D. de iur. patr.* Ingrati pœna eſt vt libertus in ſeruitutem redigatur, nec ipſe tantùm, ſed ipſius etiam liberi poſt ingratitudinem concepti, nõ quidē tanquã ingrati ſed tanquã ex patre ingra-

De obſequiis l. 2. l. licèt 7. in fin. D. de obſeq. parent. & patron. præſt. l. 5. C. eod. l. pen. C. de oper. libert l. 3. C. de libert. & eor. liber. l. 2. C. de in ius vocand.

Ruſticitati non ſemper parcendum l. liberto 9. D. de obſeq. l. 1. l. ingratus 19. D. de iur. patron.

De liberto vel ingrato vel inofficioſo. l. ſi quis 30. D. qui & à quib. manũ. l. 1 D. de iur patron.

ingrato & ob hoc ipsum in seruitutẽ redigendo editi *l.2.3.& 4.C.de libert. & eor.liber.* si modò manumissor voluntariã & gratuitam libertatem præstitit, non item si debitam puta fideicommissariam restituit *l.1.eod.* licet hic perinde sit patronus, non is qui fideicommissariam libertatem reliquit *§. penult. Inst. de singul. reb per fideic. relict.* ideóque & honor ei debeatur *l. is quoque 9. D. de in ius voc.* & successio liberti *l.3 in princip. & §.1. De suis & legit. l. qui ex causa 29. De bon. libert. l. nequaquam 24. D. de excus.* Nam nec huic operæ debentur, quæ scilicet non nisi pro repẽdendo manumissionis beneficio debentur. Is autem qui ex causa fideicommissi manumittit, non præstat beneficium quod coactus præstat, sed is qui libertatis fideicommissum reliquit *l. vnum ex familia 67. §.1. de leg.2.* Nec sunt ista contraria. Nam cùm in manumissione qualibet duo cõcurrere necesse sit, factũ manumittentis & voluntatem liberalem dandæ libertatis factũ ipsum ex quo potissimùm manumissio æstimatur & denominatur facit patronũ eum qui manumittit licèt rogatus, eíq; proinde acquirit omnia quæ patronis ipso iure & citra conuentionẽ vllã acquiruntur, in quo numero sunt obsequia & successio. At liberalis illa & spontanea voluntas manumittendi quæ facit vt manumissio beneficiũ sit, nulla vnquã obliuione & ingratitudine oblitterandum, tota est in persona iubentis manumittere, non in persona manumittentis, ob idque nihil causæ est cur heredi manumittẽdi operas aliquas promitti oporteat. *l. si quis hac lege 13. §.1. D. de oper libert. d. l. 29. de bon. libert.* aut cur ingrati accusatio ei sit accommodanda qui beneficium non dedit *d. l.1. C. de libert. & eor. lib.* Inofficiosi autẽ liberti pœna illa tantùm est vt à magistratu castigetur sub comminatione aliqua seueritatis non defuturæ si rursum querelæ causam præbuerit *d. l.1. D. de iur. patr.* vbi non malè Bart. notat duriùs puniri libertum ingratum quàm inofficiosum, quia minus & leuius delictum est in non faciendo quàm in faciendo. Sed nec ipsi patrono leuis coercitio deneganda est in libertum siue ingratum siue inofficiosum alitérve contumacem. Neque enim facilè prætor ferre debet heri seruum hodiè libertum conquerentem quòd ei dominus conuicium dixerit, vel quòd eum leuiter pulsauerit aut emendauerit, sed tantum si flagris, si verberibus vulnerauerit, nõ mediocriter, liberto contra patronum subuenire prætorem oportet, inquit Vlp. *in l. prætor 7. §. præterea D. de iniur.* Ad causam obsequij patrono debiti illud etiam maximè pertinet vt egenti patrono alimenta de suo præstet si facere possit. *d. l.5. §. solent & seq. D. de agnosc. & alend. liber.* Nam cùm necare videatur is, qui debita alimẽta denegat *l. necare 4 eod* quid est obsecro in quo magis violari possit à liberto patronus, quàm si vel egestate vel etiam corporis valetudine laborantem relinquat? *l. alimenta 6. eod.*

l.2.3.& 4. C. de libert. & eor. liber. l. is quoque 9. D. de in ius vocand. l.3. in princ. & §.1. De suis & leg l. qui ex causa 29. De bõ libert. l. nequaquam 24. De excus. tutor. l. vnum ex familia 67. §.1. De lega 2.

l. si quis hac lege 13. §.1. D. de oper. libert. l. 29. de bon. libert. l.1. C. de libert. & eor. liber.

l. prætor 7. §. præterea de iniur. l.5. §. solent & seq. D. de agnosc. & alend. liber. l. necare 4. l. alimenta 6. D. eod.

ILLATIO IX.

De nõ cõdẽnãdo patrono suprà quàm facere possit: & alijs patronorũ priuilegijs.

NOnò ex eodem Principio fit vt liberto patronus non cõdemnetur nisi in id quod facere potest *l. patronus 17. D. de re iudic.* Nã cùm hoc eò pertineat, vt nõ totum quod patronus habet, ei extorqueatur, sed ita vt ipsius ratio habenda sit ne egeat *l. in condẽnatione 173. de reg. iur.* non illa solùm ratio libertum excludere debet quominùs totum consequatur, quod si in eo iã esset patronus vt egeret, egentem illũ alere libertus cogeretur, sed illa etiã quòd nõ minùs hac in re quàm in cæteris honorẽ patrono præstari à liberto æquũ sit. Ad honorẽ n. personæ condẽnatæ id maximè pertinet ne suprà quàm facere possit exigatur. Sicut & illud ne exceptiones doli vel vis metusve causa

l. patronus 17. D. de re indic. l. in condemnatione 173. de regul. iu.

l.licet 7.§.1. De obseq. parent. & patrõ.præst. l.2.l.5.& seqq.eod. l.4.§.aduersus parentes D.de doli mal.excep.

vel interdictum *vnde vi* aut *quod vi* à liberto patronus patiatur *d.l.licet 7.§ 1.De obseq.* Etsi enim non sicut actio de dolo, ita & doli exceptio infamat, quia in rem est, non in personam *l.2.§.planè D. de dol. except.* sufficit tamen quòd patroni opinionem suggillet apud viros bonos & graues ne liberto danda sit contra patronum *l.2.l.5.& seqq.de obseq.l.4.§.aduersus parentes eod. de dol.except.* vbi additur nihil interesse an patronus ex suo an ex alieno cõtractu conueniatur. Semper enim, inquit, reuerentia ei exhibenda est tã viuo, quàm defuncto, adeò vt nec si à patroni herede quamuis extraneo conueniatur de patroni tamẽ dolo excipere posit, quamuis si è contrario cum liberti herede patronus agat, posit heres excipere de dolo patroni, vt ibidem Vlp.ait, quia nullam patrono defuncti reuerentiam heres liberti debet. Simile etiam est quod patronus iusiurandum liberto deferens non cogitur vt cæteri iurare de calumnia *d.l.licèt §.2.l.si patronus 16.D. de iureiur.* ex quibus locis apparet verum esse quod Iacob.Cuiac.*in obseruat.* docuit subesse mendum *in l.iusiurandum 34.§.qui iusiurandum eod.* legendúmque, vt puto, *Hoc iusiurandum de calumnia æquè patronis atque parentibus remittitur.* Quãuis enim propter rem ipsam non propter personam iusiurãdum hoc interponeretur vt quidam tentant *arg.l.quoties 14.eod.* quod tamen falsum est: solum ipsum *calumniæ* nomen facit suspectum de calumnia eum qui iurare cogitur, id est vt in suspicionẽ veniat ei qui de calumnia sibi iurari vult, quòd fieri posit vt calumniosè deferatur iusiurandum ab actore, præsertim si de calumnia iurare nolit. Itaque vel ipsa solius nominis indignitas obstat liberto ne iusiurandum de calumnia exigere à patrono posit, Non magis quàm ei obijcere doli exceptionem, tametsi in rem illa sit vt diximus, non in personam, quia scilicet perinde solum *doli* nomen personæ existimationem onerat, nec enim à re ipsa dolus committitur, sed à persona, tùm etiam cùm in re dolus inesse dicitur vt *in l.si quis cùm aliter 36 de verb.obligat.* Eadem ratio facit vt si ventris nomine in possessionem calumniæ causa missa dicatur patrona, libertus hoc dicens nõ sit audiendus, quia de calumnia patroni queri non debet, inquit Vlp.*in d.l.licèt §.nec non,* vbi & hanc rationem generalem subiicit, *His enim personis,* parentũ scilicet ac patronorũ, *etiam in cæteris partibus edicti honor habetur.* Vt intelligamus totum hoc iusex honore illo quem patrono libertus debet descendere. Violatur enim hic honor non solùm si libertus patrono violentas manus inferat, aut si calumniam aliquàm ei instruxerit vel delatorem subornauerit, vel quid aliud aduersus eum tentauerit, Itémque si conuicium ei dixerit *d.l.1.De iur.patron.* sed etiam si libertus in commendanda & exponenda iudici æquitate suæ petitionis, verborũ atrocitatem non deuitet *l.4.C.de obseq.* Sed & si in ius patronum vocet venia priùs non impetrata, quo casu pœna quinquaginta aureorum edicto prætoris in eum constituta est, quam si præ inopia non posit soluere, à præfecto vrbi quasi inofficiosus castigandus est *l.4.l.8.§.patronum l.pen.& vlt.* D. *de in ius vocand.* Deniq; non potest conqueri libertus de iure pro patronis ita cõstituto cùm ex ipsius patroni beneficio habeat, vt& eum conuenire & ab eo conueniri posit *d.l.4.*C.*de obseq.* Nisi fortè hoc ipsum imputare patrono velit cur ei dederit aduersus se agendi vel excipiendi facultatem, data ei libertate, quod tamẽ ridiculum fuerit *arg.l.filio 7.*D.*vt leg.nom caueat.*iun.*l.si extraneus 53.v.nec enim* D.*de iur.dot.*iun.*l.vix certis 53.de iudic.l.seruus 6.C.eod.*

d.l.licet §.7.D. de obseq.l.si patronus 16. D. de iureiur. l. iusiurandum 34. §. qui iusiurãdum eod. tit.

d.l.licet §. nec non.

l.4.C.de obseq.præst.

l.4.l.8.§.patronum l.pẽ.& vlt. D. de in ius vocand.

ILLA-

ILLAT. X.

De vindicanda liberti ingratitudine.

DEcimò ex eodem Principio fit, vt si ingratus sit libertus, liceat patrono non solùm in seruitutem eum reuocare proposita extra ordinem ingrati accusatione *d.l.2.3.& 4.C.de liber.& eor.liber.l.30.qui & à quib.manum.* sed etiam vrgere apud magistratum, vt hic libertus pro admissi modo aut in exilium mittatur, aut in metallum damnetur *d.l.1.De iur.patron.* Qui enim tã impiè erga patronum se gessit vt nec seruitutis metu nec amore libertatis tantíque beneficij recordatione potuerit in officio retineri, dignus visus est, qui duriorem quàm hominis seruitutem experiretur, id est qui fieret etiam seruus pœnæ §.*pœna infr.quib mod.ius patr.potest.soluit.& Tu.De capit.diminu.in princip.l.3.*D.*de his.qua pro non script.* L.2.3. & 4. C. de libert. & eor.liber. l.30. qui & à quib. manum. L.1. D. de iur.patron. § pœna infr. quib. mod. ius patr. potest.soluit. l. 3.De his quæ pro nõ scrip.

ILLATIO XI.

Liberorum & libertorum eandem esse rationem, quod ad obsequia.

VNdecimò ex eodem Principio fit, vt liberorum & libertorum eadẽ hac parte condicio esse existimetur, id est quod ad honorem & obsequium parentibus patronísque præstandum. De vtrisque enim simul tractari passim videas, nec plus liberis erga parentes hac in re, quàm libertis erga patronos indulgeri *Tot.tit.de obseq.parent.& patr.præst.d.l.4.§.1.l.sed si hac 10.§. liberos & seq.l.generaliter 13.*D.*de in ius vocand.d.l.iusiurandum & ad pecunias 34.§.qui iusiurandum* D.*de iureiur.l.sunt qui 16.& seq.*D.*de re iudic.l.4.§.aduersus parentes* D.*de doli except.* Non enim minùs intelligitur debere libertus patrono à quo libertatem habet, quàm filius patri à quo vitam. Secundùm id quod diximus ad Princip.2.*illat.1.in fin.sup.De iur.person.* nihil esse gratius libertate *l.Paulus 39.§.1.De fideic.libert.* esse verò etiam grauius libertatem amittere quàm vitam *l.vnic.in fin.princ.C.de latin.libert.toll.* Tit. De obseq. parent. & patron. præst.

ILLATIO XII.

De operis naturaliter debitis per libertum.

DVodecimò ex eodem Principio fit, vt non tantùm obsequium, sed etiã operas patrono naturaliter debere libertus dicatur in *l si non sortem 26.§. libertus D.de condic.indeb.* vbi ob hãc caussam dicitur libertũ qui putãs se operas debere, quas nõ promiserat eas præstiterit siue patrono siue alij, qui fuerit à patrono delegatus, repetere nihil posse, neq; ab eo cui fuit delegat⁹ quia suũ receperit, neque à patrono, quoniã ei operas natura debuit. Is enim natura debet quem iure gentiũ dare oportet *l.cũ amplius 84.§.is natura debet De reg.iur.* Iure autẽ gẽtiũ & ex ratione naturali obligatur saltẽ ad ἀντίδωρα quisquis ab alio beneficiũ accepit *l.sed etsi 25.§ consuluit D.de petit.hered.* Quidni ergo saltem ad operas quæ tã modicę sint ęstimationis, naturaliter obligatus credatur, is qui manumissionis & libertatis beneficium inæstimabile acceperit? Sed tamẽ obseruãdũ hîc est, operas multùm ab obsequio differre. Obsequiũ enim debetur ob honorẽ solũ & reuerẽtiã, tametsi promissum nõ sit, præstaríq; solet & debet, non peti, vt Hadriani verbũ illud elegãs vsurpemus quod Pompon.refert *in. l.2.§.pen.De orig.iur.* Operæ verò non debentur, ita scilicet vt exigi possint, nisi promissæ sint & impositæ manumissionis causa, L.si non sortem 26. §. libertus de condict. indeb. L.cũm amplius 84.§.is natura debet de reg. iur. L.sed etsi 25. § consuluit D. de petit. hered. L.2.§.pẽ. de orig.iur.

L. cùm patronus 22. §. penult. De oper. libert.
L. operis 31. eod.
L. naturales 10. De oblig. & act.

l. cùm patronus 22. §. pen. de oper. libert. Adeò vt si eas non impositas libertus per aliquod tempus præstiterit etiamsi ex sua voluntate, ad eas tamen in posterum præstandas compelli non possit *l. operis 31. eod.* Quod enim proximè diximus naturaliter eas deberi non facit vt exigi possint, sed tantùm vt retineri si fuerint solutæ. Is namque præcipuus effectus est naturalis obligationis, vt impediat soluti cõdictionem *l. naturales 10. De obligat. & act. l. naturaliter 13. l. frater 38. & pass. D. de condic. indeb.* Et ratio diuersitatis est, quia operarum præstatio est quid extrinsecum, quod patroni personæ non inest, vt eam perpetuò & necessariò concomitari debeat, quomodo è contrario patroni personæ inest is honor propter quem obsequium ei libertus debet. Itaque non sicut bona est illa consecutio *Patronus est, Ergo ei honor à liberto debetur,* ita & bona hæc erit, *Ergo ei operæ debentur,* vt ad eas præstandas cogi libertus possit. Etsi enim tales sunt operæ, quas libertus, vt libertus patrono debeat vt patrono, earum tamen pręstatio non tam ad honorem patroni spectat, vt obsequium, quàm ad eius vtilitatem, Nec eę tantùm quæ fabriles dicuntur quę quasi in pecunię pręstatione cõsistũt, vt Vlp. loquitur *in l. fabriles 6. D. de oper. libert.* (quòd patrono nõ tãquã patrono, sed tãquã extraneo præstentur, ideóque & alij cuilibet iubente patrono edi possunt *l. operæ 9. eod.* & earum dies statim ab interposita stipulatione cedit, licèt peti non possint priusquàm fuerint præteritæ *l. quoties 24. eod.* iunct. *d. §. libertus l. 26. De condic. indeb.*) Sed etiam officiales quarum editio nihil aliud quàm officij præstatio & exhibitio est *d. l. cùm patronus 22. De oper. libert.* Nam & hæ ad patroni commodum respiciunt magis quàm ad eius honorem *dict. l. quoties 24. in fin.* ob ídque & commodam æstimationem recipiunt in pecunia si patronus & libertus consentiant *l. si ita stipulatio 39. eod. l. adigere 6. §. 1. D. de iur. patron. l. vlt. §. vlt. D. qui & à quib. manumiss.* cùm tamen honor nullo pecuniario commodo æstimari possit *arg. l. isti quidẽ 8. §. pen. D. quod met. caus.* iunct. *l. si pater 31. in fin. de donat.* Pẽdet enim honor cuiusq; ex ipsi' existimatione, quę ipsa nihil aliud est, quàm dignitatis illæsę status legibus ac moribus cõprobatus qui non nisi ex delicto nostro autoritate legũ aut minuítur, aut consumitur, vt definit Callistratus in *l. penult. §. existimatio De extraord. cognit.* Hinc etiã est, quod quamuis liberi parentibus pietatẽ & obsequium debeant, hoc ipso quod honorẽ iis debent, operas tamen nullas debeant *l. penul. D. de obseq. parent. & patr. præst.* In eo quoque melioris condicionis quàm sint liberti, quod nec stipulari operas à filio emãcipato pater potest *l. patri 4. D. si à parent. quis manum. sit.* vbi videtur Marcellus innuere hoc ex eo fieri quod de his quæ libertatis causa filio imposita fuerint nihil pretor edixit. De solis enim libertinis edictum loquĩtur *l. qui libertinus 37. De oper. libert.* Sensus est, ni fallor, operarũ promissionẽ factã ab homine libero valere nõ posse nisi quaten' edicto prætoris cõfirmatur, quia libero homini nõ magis permissũ est vt libertatis suæ ius infringat aut minuat, quàm vt libertatẽ in totũ sibi adimat, cùm neq; sui ipsius neq; mẽbrorũ suorũ domin' sit *l. liber homo 13. ad l. Aqu. l. cùm duob. 52. aliàs l. si fratres §. idẽ respõdit societatẽ D. pro socio. l. Titio cẽtũ 71. §. 2. De cõd. & demõst.* Infringit autẽ ius libertatis ea pactio per quã quis obligatur ad pręstãdas alteri operas nisi cùm eas certa mercede cõductãs locat *l. qui operas 38. D. loc.* Ex quo fit vt si libertus fideiussorẽ pro operis dederit fideiussor quidẽ teneatur ex mora liberti, sed ex propria teneri nullomodo possit, quãuis in cęteris etiã ex sua mora in obligatione retineatur *l. si libertus 44. De oper. liber.* Nimirũ quia nõ potest ipse cùm liber & ingenuus sit nõ libertus, se obligare vt operas præstet, ne quidẽ nomine alieno, licèt pro eo qui libertus est possit fideiubere *l. si quã-*
do 8. in

L. fabriles 6. de oper. libert.
L. operæ 9. eod.
L. quoties 24. eod.

L. si ita stipulatio 39. eod. l. 6. §. 1. de iur. patron. l. vlt. §. vlt. qui & à quib. manu.
L. pen. §. existimatio D. de extraor. cognit.
L pen. de obseq. parent. & patr. præ.
L. patri 4. D. si à parẽt. quis manum. sit.

L. liber homo 13. ad leg. Aquil.
l. qui operas 38. D. locat.
L. si libertus 44. l. si quãdo 8. in fin. D. de oper. libert.

do 8.*in fi.eo.* Qua ratione nec valeret operarũ promiſſio ſtipulāti patrono facta per libertũ ipsũ,ſiquidẽ libertus re vera liber eſt,niſi huiuſmodi promiſſionis cõfirmãdę iuſtã cauſam pretor illã eſſe putaſſet ſi manumiſſionis cauſa operę impoſitę & promiſſæ eſſent,in vicẽ,vt dixi tãti beneficij. Ideóq; ſic cõceptũ fuit edictũ pretoris vt eã quoq; promiſſionẽ cõfirmet nõ ſolũ quę per iuſiurãdũ,ſed etiã quę per ſtipulationẽ facta ſit,quoniã alioqui nec illa valeret iure ciuili ad actionẽ producẽdã,nõ magis quàm ſi per filiũfamilias facta eſſet *d.l.patri.* In quo errauit ſanè Donel.*li.2.Cõment.cap.*18.*circ.princ.* Atqui filiuſfamilias cùm emãcipatur,licèt per trinã vẽditionẽ ter ſeruus fiat,totidémque manumiſſionibus libertatẽ cõſecutus,tãdẽ de patris exeat poteſtate,vt dicemus ad *Tit.quib.mod.ius patr.poteſt.ſoluit.* nõ tamen idcirco libertus fit,nec eo minus ingenuus manet,quia nõ niſi imaginaria fuit illa ſeruitus,& imaginariæ vẽditiones ad tollendũ vinculũ patriæ poteſtatis,nec negari poteſt,quin anteà liber fuerit qui filiusfamilias fuit, Proinde non debet libertinus cenſeri qui ob hoc tãtùm & ter vẽditus & ter manumiſſus eſt,vt fieret magis liber. Nec igitur mirũ eſt pretorẽ de operis emãcipati nihil edixiſſe. Alia etiã ratio adſerri poteſt propter quã operæ quæ promiſſę nõ ſint à liberto nõ debeantur,eáq; fortaſſe non inſubtilior. Illa nimirũ,quòd operę in rerũ natura nõ ſunt vt Vlp.loquitur *in d.l.operæ* 9.*D.oper.liber.* Opera enim in actu conſiſtit, nec antè in rerũ natura eſt quàm dies venerit quo præſtari debet,inquit Paulus *in l.*1.*De oper.ſeruor.* Vnde & edi operæ dicuntur cùm pręſtatur quaſi hoc ipſo in lucẽ & rerũ naturã veluti partus quidã,proferãtur:& dicũtur indiuiduę ita,vt neque promitti,neq;ſolui,neq; deberi,neq;peti opera pro parte poſſit,ſed numero faciẽda diuiſio ſit quoties operę plures debentur,*l.libertus* 15.*§.*1.*de oper.liber.* quia actus ipſe operandi indiuiduus eſt. At dici non poteſt quo die prętari debeat ſi promiſſio nulla pręceſſit, Sicut nec fieri queat vt debeatur id quod in rerũ natura nõdũ eſt,niſi collato debiti iure in eũ diem quo in rerũ natura id futurũ ſit,quod ipſum tamẽ nõ aliter fieri poteſt quàm per promiſſionẽ,vt aliquid ſubſit,cui condicio ſiue expreſſa, ſiue tacita ineſſe poſſit *d.l.*1.*de oper.ſeruor.l.interdũ* 74.*De ver.obli.* Dices, Quomodo ergo fieri poteſt,quod iã admiſimus,vt naturaliter operę debeãtur? Reſpõdeo nõ deberi eas,nequidẽ naturaliter priùs quàm edãtur,ſed poſtquàm editę fuerint, licèt ab eo qui per errorẽ putabat ſe debere intelligi debitas fuiſſe, quia iam in rerum natura ſunt,& ita accipiendũ *d.§.libertus.* Replicabis,Imò verò ſuffi cere vt dies venerit quo prętari debuerunt *d.l.*1. Fateor,ſed ea ratione,quòd pro prętitis habeãtur in odiũ eius per quẽ ſtetit ne prętitæ ſint,id eſt actus ille in quo operã cõſiſtere diximus præceſſiſſe intelligatur,ad hoc vt peti poſ ſint tanquam quid in rerum natura iã exiſtens,non autem vt habeatur pro liberato libertus quaſi ſolo diei aduentu eas operas præſtiterit quas verũ eſt illũ non prętitiſſe. Honoris qui patrono debetur alia ratio eſt,nã in rerũ natura eſt,ex quo die patronus eſſe incipit qui priùs domin' fuit,ideóq;libertus obſequiũ patrono debet nulla etiã promiſſione præcedẽte,ſicut nec promiſ ſione vlla opus eſt,ſed ſola manumiſſione, vt hic libertus ille patronus fiat.

Cur prætor De operis filij emancipati nihil edixerit.

L. operæ 9. D. de oper. libert. L.1.D. oper. ſeruor.

L. libertus 15.§.1. de oper. libert. L. ſi non ſortem 26.§. libertus D. de cond. indeb.

Honoris patrono debiti & operarũ diuerſa ratio.

ILLAT. XIII.

De differentia officialium & fabrilium ſeu artificialium operarum.

DEcimotertiò ex eodem Principio naſcitur illa etiam differentia quam attigimus & officialiũ,fabriliũ ſeu artificialiũ operarũ,vt officiales debeãtur patrono tãquã patrono,fabriles verò& artificiales tãquã extraneo. Nã cùm officiales illę dicãtur in quib' nihil niſi officiũ promittitur nullo artificij aut operis genere expreſſo,&quarũ proinde editio nihil niſi officij prętatio

L. cùm patronus 22. iunct. l. opera 9. De oper. libert. L.1.eod.

est *d.l.cùm patronus* 22.iunct. *d.l opera* 9. *De oper.libert.* apparet libertũ non nisi tanquã libertum posse debere officiũ, nec patrono nisi tanquam patrono. Cùm officiũ illud ex sola manumissionis causa debeatur. Artificiales verò & fabriles tametsi officiũ quoque contineant, siquidẽ opera quælibet diurnum officiũ est *l.1.eod.* nõ tamen officij finibus cõtinẽtur, sed habẽt quid amplius, ex quo appareat patronũ nõ nudo liberti officio fuisse cõtentũ, sed artificiũ ab eo prætereà exegisse, quod etsi tanquã patronus facere potuit, id est huiusmodi artificiales operas stipulari, quarũ alioqui stipulatio ab extraneo facta, vt iã diximus, non valeret, excedit tamẽ ea res terminos officij patrono debiti tanquã patrono. Quid enim aliud debere possit libertus tanquã libertus, patrono tanquã patrono pręter officiũ? Atqui aliud officiũ est, aliud artificiũ, tùm quoque cùm officij iure artificiũ pręstatur. Artificiũ enim à liberto pręstatur non tanquã à liberto, sed tanquã ab artifice, cùm non quisquis libertus est idem etiã sit aut esse debeat artifex, neq; rursus ad operas artificiales pręstãdas obligari is qui artifex non sit. Quod autẽ non pręstatur à liberto tanquã à liberto, non potest videri debitum aut præstitum patrono tanquã patrono. At quisquis libertus est cum patrono officiũ & debere & pręstare necesse est, Ergo tanquã libertum, & patrono tanquã patrono. Hinc illa etiã artificialiũ & officialiũ differentia, quòd artificiales, quo nomine fabriles pictoriæ, & aliæ huiusmodi cõtinentur, nõ ad cõmodũ personæ patroni vsúsque ipsius necessarios, sed ad certã vtilitatẽ pecuniariã referũtur, nõ aliter quàm si extraneo per stipulationẽ iure promissę essẽt. Addidi *iure*, quia nõ magis artificiales quàm officiales operas stipulari extraneꝰ potest, nisi cõductionis iure vt suprà diximus ex *l.patri* 4.D.*si à parẽt.quis man.* in eóq; Donellũ reprehẽdimus scribentẽ, hãc artificialiũ operarũ præstationẽ nõ minùs extraneo cõuenire: Cùm enim dicimus has operas deberi patrono tanquã extraneo, non illud significamus, Etiã extraneum eas stipulari posse: quę res Donellũ fefellit, sed hoc volumus, Patrono quidẽ permitti quod extraneo nõ permitteretur, vt eas stipulari posit (quomodo enim aut quo colore eas stipularetur extraneus qui manumissor non est, cùm nec à patrono ipso imponi possint nisi manumissionis causa? *l.* 2. *d.l.qui libertinus* 37. *De oper.liber.*) sed ita tamen vt quasi extraneo magis quàm quasi patrono ei debeatur, & vt extraneo quoq; solui possint *l.hæ operæ* 23.*in princip.eo.* Ideóque dicuntur cõsistere in pecuniæ pręstatione *d.l.fabriles* 6.*eo.* nõ autẽ in officij exhibitione. At officiales nõ nisi ex liberti officio patroniq; cõmodo ęstimãtur *d.l.cùm patronus* 22. *d.l.quoties* 24.*eo.* Ex qua differentia plures quoque alię deriuãtur, vt puta quod artificialium dies cedit ex die interpositæ stipulationis, licèt earũ nomine non priùs agi possit quàm fuerint præteritæ, id est, quàm præterierit tẽpus quo edi & exhiberi debuerunt *d.l.quoties.* Officialiũ verò dies non ante cedit quàm indictæ fuerint *d.l.quoties*, quia cùm earum editio nihil aliud quàm officij pręstatio sit, absurdũ est credere alio die deberi officiũ, quàm quo is velit cui pręstãdum est *d.l.cùm patronus.* Item quòd ad heredem trãseunt artificiales, officiales non trãseunt *d.l.fabriles* 6.*eo.* Eæ nãque stipulationes in heredes trãseũt quarum dies viuo stipulatore cessit, licèt nondum venerit, Aliud siquidẽ est diem cedere, aliud venire *l.cedere diem* 213. *De ver.signific.* §.*ex cõdicionali Inst. de ver.oblig.* Quin etsi operarum iudicio actũ fuerit cum liberto, & patronus decesserit, placet trãslationẽ extraneo heredi dandã nõ esse, scilicet quod ad officiales

Aliud est officiũ, aliud verò artificium.

L. patri 4. D. si à parent. quis manum. sit.

L.2.l.qui libertinus 37. D de oper.libert.

L. quoties 24.eod.

L. cùm patronus22.eo.

officiales non etiam artificiales operas pertinet *l. si operarum* 29. *eod.* Operas enim simpliciter cùm dicunt Iureconsulti, de officialibus intelligunt, non de cæteris, vt ex eo constat quod Vlp. scribit *in d. si quis hac* 13. §. *iudicium eo.* Iudicium de operis tunc locum habere cùm præterierint, præterire autem nõ posse antequàm incipiant cedere, Incipere porrò cedere posteaquàm fuerint indictæ. Quæ gradatio sanè perelegans solis officialibus conuenit, artificialibus verò non item *d. l. quoties.* Denique artificiales operæ licet nec à quocunque, nec cuicunque promitti possint, sed à solis libertis & solis patronis, si tamẽ patrono semel promissæ fuerint possunt iubẽte ac delegãte patrono alij exhiberi & solui, Officiales verò cõtrà, non alij edi possunt quàm patrono cùm proprietas earum & in edentis, & in eius cui eduntur persona consistit, vt Vlp. ait *in d. l. hæ operæ d. l. si non sortem* 26. §. *libertus* D. *de condic. indeb.* Vsque adeò autem verum est operas siue artificiales siue officiales non nisi patrono promitti posse (licèt hæ tanquam patrono, illæ tanquam cuilibet extraneo promittantur) vt nec patroni seruus à liberto ita stipulari possit, *Operas mihi dare spondes?* Patrono enim dari stipulandum est *l. seruus* 10. *De oper. libert.* vbi additur, quod ad hãc rem etiã pertinet, libertum operarũ nomine ita iurando *Patrono, aut Lucio Titio* soluere Lucio Titio non posse vt à patrono liberetur, nec quicquam interesse, vt ex Iuliano subiicitur, an extraneus sit Lucius Titius an filius, quia, vt subiicit Pomponius, aliæ operæ erunt, quæ Lucio Titio dantur, nisi patrono delegante dentur. Aliud enim est delegatum esse, Aliud solutionis causa adiectum *d. §. libertus.*

L. si operarum 29. eod. L. si quis 13. §. indicium eod.

L. hæ operæ 23. eod. l. si nõ sortem 26. §. libertus De cond. indeb. L. seruus 10. De oper. libert.

ILLATIO XIIII.

Operas quaslibet transire ad liberos patroni quamuis non heredes.

DEcimoquartò ex eodem Principio fit vt operæ quælibet, id est etiam officiales transeant ad liberos patroni, quamuis heredes non existant, puta quòd paterna hereditate vltro abstineãt, (Operarũ enim obligatio nihil habet commune cum hereditate aut bonorũ possessione, cùm operæ perinde à libertis petantur ac pecunia credita *l. 4. de oper. libert.*) dummodò non sint exheredati *d. l. si operarum* 29. *eod. tit.* *De oper. libert.* Illud enim omnimodo requiritur vt liberi heredes extiterint patri, & quidem ex propria nõ ex alterius persona, sed nõ etiã vt paternã hereditatẽ retineãt *d. l. cum patronus* §. 1. vbi quod ait Caius *si patri heredes extiterint*, malè Donellus sic accipit quasi scriptum esset *si heredes existere potuerint si vellent.* Quasi verò in suorum heredum potestate sit vt heredes non existant tùm etiam cùm abstinent ex beneficio prætoris *l. 1. §. qui sunt in potestate* D. *si quis omis. caus. test. l. necessariis* 57. D. *de acquir hered.* Nec meliùs Iacob. Cuiac. *lib. 17. obseruat. cap.* 14. quod scriptum est in *d. l. si operarum* 29. *etsi heres non exstat* sic interpretatur, ac si scriptum esset *licèt non perseuerauerit heres esse.* Nam neque fieri potest, vt qui semel heres fuit, non perseueret heres esse *L. aut prætor* 7. §. *sed quod Papinianus de minor. l. ei qui soluendo* 88. *De hered. insti.* etiam posteaquàm abstinuit bonis patris *d. l. necessariis l. cum quasi* 30. §. *sed etsi suus* D. *de fideic. libert.* Sic ergo Vlp. intelligendus est, vt is demum filius heres exstare dicatur, nõ qui existit, sed qui apparet heres, id est, qui heredem se profert, & exerit, In summa, qui paternis bonis se immiscet. Nam qui se abstinuit, licèt heres sit, tamen heredis loco non est, nec pro herede habetur à prætore *l. si filius* 12.

L. 4. l. si operarum 29. eod. tit. L. cùm patronus 22. §. 1. eod.

D.de interro.in iu.facien. Cur verò, inquies, illatio hæc ex Principio superiore pendet? Quia cùm operæ officiales nō debeātur patrono nisi tāquā patrono, cōstat patroni liberos pro patronis haberi in omnib9, id est in obsequiis, in operis & in successione liberti *l. parēs* 5. *D. de obseq. l. libertin9* 5. *l. filius* 13. *D. de bon. libert.* Ideóq; nihil interest hac parte an in potestate sint, an emācipati *l. vt iurisiurandi* 7. *§. pen. De oper. liber.* sicut neque an ex æqualibus portionibus an ex inæqualibus sint instituti vt ibid. Vlp. scribit. Cùm enim omnes æquè sint liberi, omnes etiā æquè pro patronis habēdi sunt, & cōsequenter ad operarū petitionē ex æquis partibus admittendi. Sed hac tamen differentia quod eos qui sunt in potestate sufficit suos heredes existere, nec vt se immiscuerint requiritur. Emancipatos verò siue testamento instituti, siue ab intestato vocati proponātur heredes fieri per aditionē aut bonorū possessores esse necessenō est, sed illud tātùm vt heredes vel bonorū possessores fieri possint si velint, vt excludatur vnus ille casus quo sint exheredati. Qui enim exheredat9 est ritè & rectè, id est sollēniter & iustè (vtrūq; enim supponēdū est) siue suus heres anteà fuerit siue emācipat9, is patroni loco haberi nō potest. Dices emācipatos in iure ciuili pro filiis nō haberi, sed potiùs pro extraneis *l. si genero* 26. *C. de iur. dot. l. quinetiam* 55. *in fin. D. de rit. nup.* Quomodo ergo possint haberi pro patronis? Respondeo operarū obligationē & exactionē nō ex iure ciuili esse sed ex prætorio, *d. l. patri* 4. *D. si à parent. quis manumiss.* iunct. *d. l. qui libertinus* 37. *De oper. libert.* iure autem prætorio filios quāuis emācipatos nō eo minùs haberi pro filiis, cùm reuerà & secundū naturā sint filij æquè acsi in potestate māsissent. Non enim à natura, aut à iure gentiū, sed ex iure ciuili est ius patriæ potestatis. In toto autē eo iure quod pro patronis & circa ius patronatus constitutū est, naturalē potiùs quàm ciuilē rationē & æquitatem seruauit prętor, ad quā scilicet maximè pertinet vt pro beneficio beneficium reddatur, Vnde & iā suprà diximus naturaliter debitas esse operas *d. l.* 26. *§. libertus De cond. indeb.* quod & ipsa operarū definitio demonstrat, Nihil enim aliud sunt quàm officium diurnum *l. 1. De oper. libert.* Quid ergo, inquies, Cur non debentur operæ patroni liberis etiam exheredatis? præsertim cùm suprà diximus operarum obligationem commune nihil habere cum hereditate, aut bonorum possessione *d. l. 4. eod.* Vnde etiam est quòd quamuis patroni bona venierint, operarum tamen quæ post venditionem prętererint actio patrono danda est etsi alere se possit *l. si bona* 40. *eod.* vbi pono punctum post verbum *poßit,* (alia enim est sententia illa quæ sequitur *ante venditionem præteritarum non dabitur*, quoniam ex antegesto agit vt constat ex *lege* 4. *D. de curat. bon. dand.*) An fortè facit exheredatio ne liberi amplius liberi esse videantur? Minimè verò. Tollit enim ius sui heredis duntaxat quod est merè ciuile, non etiam naturam ipsam ex qua descendit ius, noménque parentum & liberorum. Dicendum igitur est liberos exheredatos non eo minùs quidem manere liberos, sed tamen nō magis à prætore quàm iure ciuili pro liberis haberi, propter exheredationis notam illam, quæ facit vt tam dulci nomine quātumuis naturali prorsus indigni sint qui naturalem ipsam pietatem parentibus debitam offenderunt & violarunt *l. non putauit* 8. *D. de bonor. poss. contr. tab. l. vlt. D. de liber. & posthum.* Nec nouum est vt deterior condicio sit filij exheredati quàm se abstinentis. Quanquam verius fortasse est, id quod dicimus transire operarum petitionem ad liberos etiamsi non

L. parem 5. *De obseq parent. & patron præst. l. libertinus* 5. *l. filius* 13. *D. de bon. liber. L. vt iurisiurandi* 7. *§. penult. De oper. libert.*

l. 4. l. si bona 40. *de oper. libert.*

non extent heredes, *d.l.si operarum*, non generaliter & indistinctè verum esse, sed eo demum casu quo sibi suisque liberis patronus stipulatus sit, quod fieri solitum fuisse indicat *l.5.& d.l.cùm patronus* 22.§.1.*De oper.libert.* Nulla enim facta liberorum mentióne, non alio iure poterant liberi succedere in iure operarũ, quàm si heredes existerent patrono *d.§.1.* Et cõsequẽter separãdi sũt hac in re emãcipati à suis heredib᷒, quia sui heredes nõ posũt heredes nõ existere nisi sint exheredati, tametsi se abstineant, ideóq; & in ius patronatus succedũt, & licèt desinant per abstẽtionẽ haberi loco heredũ, semel tamẽ acquisitum ius patronatus cum heredis nomine retinent. Emancipati verò non aliter heredes sunt aut bonorum possessores, quàm si paternam hereditatem agnouerint, vel bonorum possessiones, ob idque nec vt patroni operas petere possunt nisi liberis quoque operas patronus stipulatus sit. Planè si sint instituti licèt ex inæqualibus portionibus, tamẽ æqualiter admittentur ad operarum petitionẽ, quia non quemadmodum inspicimus an sint heredes, ita & pro qua parte ideò fortasse quod operarũ obligatio sui natura indiuidua est *l.3.l.15.§.1 eod lege stipulationes 72.& l.in stipulationibus* 14.§.1.*De ver.oblig.* Itaque ad hunc casum videtur restringendum quod scriptum est in *d. l.* 7. §. *paruus de oper.lib.* parui referre an in potestate fuerint liberi an emancipati. Etsi idẽ quoq; est mortuo patre intestato si in operarum stipulatione aut iureiurando mentio facta sit liberorum, quia hoc casu de illo tantùm quæritur an sint liberi, non etiam de illo an sint heredes. Hoc autẽ Donellus quoque & cæteri interpretes non videntur bene explicasse. Cæterùm non patroni liberos iura patronatus sperare posse cõstat ex *l.libertus* 14.*D.de tut.& cur.dat.*

L.7.§.*parui eod.l. libertus* 14. *De tutor.& curat. dat.*

ILLATIO XV.

De non aliis operis à liberto per patronum exigendis quàm quæ manumissionis causa promissæ sint.

DEcimoquintò ex eodem Principio fit, vt eas demũ operas libertus debeat quæ sint ei impositæ manumissionis causa, Nullis verò impositis nec promissis non magis vllas debeat patrono quàm extraneo *d.l.2. d.l. qui libertinus* 37.*d.l.operis* 31.*& pass.De oper.liber.* Itaque si manumissio nulla præcesserit atq; ita cesset causa imponẽdarũ operarũ, imponi nõ poterũt & impositę nõ debebũtur. puta si quis hac lege emptus sit vt manumittatur, & ex cõstitutione D. Marci ob nõ factã suo tẽpore manumissionẽ peruenerit ipso iure ad libertatẽ *l.si quis hac* 13.*eo.* vbi additur, nec eũ cui libertatũ cõseruãdarũ causa bona addicta sunt ex eiusdẽ Marci cõstitutione, posse operas petere, neq; ab iis qui directas, neq; ab iis qui fideicõmissarias libertates acceperunt, quãuis sui fideicommissarias acceperũt ipsius liberti efficiãtur. Non enim, ait, Vl. sic fiũt liberti vt sũt proprij quos nulla necessitate cogẽte manumisimus. De quo iã scripsimus *illat.8.supr.* Itaq; quod ad hãc rẽ attinet nihil interest an nulla manumissio pręcesserit, an coacta. Interueniẽte aũt liberali & spõtanea manumissione ita demũ operę debentur si iure impositæ sint, id est eo modo quẽ pro bono & iusto habeat prætor, ex cuius edicto, vt iã diximus, totũ hoc ius descẽdit. Modi autẽ ij tres sunt quos edicti verbis expressos fuisse refert Paul᷒ in *d.l qui libertinus*. Si libertus iurauerit se operas daturũ, si promiserit scilicet per obligationẽ verborũ hoc est per stipulationẽ, si deniq; aliter obligat᷒ erit. Prim᷒ modus propri᷒ est obligationis operarũ. Nã vt iurisiurãdi obligatio cõtrahatur libertũ esse oportet eũ qui iurat, & libertatis causa iurare *l. vt iurisiurãdi* 7.*eo.* ex quo loco & alia pleraq; petẽda sunt ad hũc obligationis

L.vt iurisiurandi 7. de oper. libert.

modum pertinentia. Extra hanc causam, sicuti nudo pacto ita & iureiurando ad nudum pactum accedente nemo obligatur efficaciter, id est vt conueniri possit. Nam nec pactum nec iusiurandum enumeratur inter certos illos & legitimos modos contrahendæ obligationis *l.7.§.igitur nuda & seq.* D. *de pact.§.vlt.Inst.de oblig.* Loquimur enim de iureiurando accedente ad pactum non ad stipulationem, vt primus hic modus differat à secundo. Secundus namque est, si libertus operas stipulanti patrono promiserit. Hæc enim stipulatio valet, non quidem iure communi, vt cõtra Donellum suprà disputauimus (quia licèt ex stipulatione soleat iure ciuili nasci actio *§. de constituta infr. De act.* id tamen tunc rectè dicitur, cùm in stipulationem id deducitur quod deduci potest, quales non sunt operę hominis liberi per quarum scilicet præstationem & promissionem ius libertatis quodammodo infringitur *d.l.4.si à parent.quis manum.sit*) sed tuitione prętoris qui contẽplatione pręteritæ seruitutis æquum putauit deteriorem hac parte condicionem esse libertinorum quàm ingenuorum. Habet ergo patronus ex beneficio prętoris hoc etiam casu, vt operas per stipulationem promissas à liberto exigere possit. Tertium modum iis verbis edicti expressum *obligatusve erit*, nõ malè Donellus sic explicat, si libertas data sit hac ipsa lege vt operæ debeantur. Id enim est quod ait *l.in liberto* 77.D.*de solut.* in liberto antiquiorem obligationẽ nullam esse quàm operarum sine qua libertas ei data nõ esset. Quidni verò valebit dicta lex à patrono, dicta inquam manumissioni in ipso actu manumissionis, Cùm etsi ante manumissionem seruus quid promiserit libertatis causa, quod tamẽ manumissus præstare nolit danda sit in eum hoc nomine actio prætoria de dolo *l.& eleganter 7.§.seruus de dolo*, aut in factũ, vt loquitur *l.3.C.an seruus pro suo fact.post manum.ten.* quamuis in cæteris causis cõueniri seruus ex iis quæ in seruitute gessit aut promisit, nõ possit, ne post manumissionẽ quidem *l.1.2.pen.& tot.ill.ti.*C.*an seru.pro suo fact.* Sed nõ satis benè idem Donellus putat eo demum casu necessarium esse auxilium prætoris & actionis prætorię quo libertus promiserit operas ex interuallo ante manumissionem, non etiam si hac ipsa lege præstandarum operarum fuerit manumissus. Quasi hoc casu dubitandum non sit quin ex ipso negotio gesto obligetur, & quidem iure ciuili, Sicut euenit, inquit, quoties aliquid facio vt tu vicissim facias. Contrahitur enim negotium ciuile, & inde nascitur ciuilis actio, remota actione de dolo *l.5.§.vlt.D.de præscript.verb.* At non potest hic noster casus eã admittere rationem, propter personam manumissi qui antequàm sit plenè manumissus sicuti reuera seruus est & prorsus incapax contrahendæ aut suscipiendæ obligationis, Posteà verò quàm ex manumissione libertatem consecutus est, desinit posse obligari operarum nomine quarum causa vt dixi onerat & infringit ius datæ libertatis, Nisi quatenus Prętori placuit eam quoque operarum obligationem tueri, & edicto polliceri iudiciũ operarum se daturum in libertos & libertas *d.l.2.in fin.De oper.libert.* cuius loci quemadmodum generalia verba sunt, ita & generaliter intelligenda, vt nullo prorsus casu efficax sit promissio aut petitio operarum, nisi ex beneficio edicti & indulgentia prętoris. Quare ad rẽ non pertinet, quod Donellus obiicit pactionẽ hãc operarum hoc ipso quod in manumittendo adhibetur non tã cum seruo adhibitam intelligi quàm cum homine iã libero & manumisso *arg.l.si quis duas 6.D. commun.prad.* Nam & promissionem operarum à libero

l.4.D. si à parent. quis manum.sit.

l. in liberto 77.D.solut.

l.& elegãter 7.§.seruus D.*de dolo.l.3.*C. *an seruus pro suo fact.post manum.tenea.*

l.2. in fin. D. de oper. libert.

à libero homine factam, suo etiam manumissori negamus valere iure ciuili, cùm nec aliter à prætore defēdatur, quàm si facta sit à liberto *l. si quis pro eo 56. de fideiuss. d. l. 4. si à paren. quis manum. sit. d. l. 7. de oper. lib.* Posséṫque Donelli ratiocinatio procedere, si non de operis, sed de pecunia aut qua alia re quæ causam libertatis non oneraret, lex manumissioni dicta proponeretur vt in *d. l. & elegāter §. seruus, & in d. l. 3. C. an seruus pro suo fact.* Imò nec à liberto promissas fuisse operas per stipulationē aut per iusiurandum sufficit, vt debeātur ex edicto prætoris, nisi etiam illud occurrat, vt statim & incontinenti post manumissionem ea promissio facta sit, vt in seq. illatione dicemus.

C *si quis pro eo 56. de fideiuss. l. 4. D. si à parent. quis man sit. l. 7. De oper. libert.*

DEcimosextò ex eodem Principio fit vt quemadmodum operas liberto impositas, ita demum tuetur prętor si libertatis & manumissionis causa impositæ sint, ita nec aliter eas habeat pro impositis causa manumissionis quàm si sint impositæ statim & incontinenti post manumissionē siue per iusiurandum, siue per stipulationem *l. vlt.* in illis verbis *dūmodò incontinenti cùm manumissus est aut iuraret, aut promitteret D. de liber. caus.* Qua de re videnda sunt quę latè scripsimus *lib. 20. Coniect. cap. 18.* vnde peti poterunt multa quæ ad hunc maximè locum pertinerent.

ILLATIO XVII.

De pœna patroni qui operas indebitas exegit à liberto.

DEcimò septimò ex eodem Principio fit quod Modestinus scribit in *l. is qui oneranda 32. De oper. libert.* Si libertus patrono libertatis onerādę causa pecuniā repromiserit non modò eū non teneri, sed etiā patronum si pecuniā exegerit, ipso fortassis liberto exceptionē obiicere, vel nesciēte, vel nō audēte, bonorū possessionem cōtra tabulas eius petere non posse, vt qui in vno contra legem fecit, id quod infectum fieri nequeat, in alio saltem excludatur à beneficio legis. Nec dissimile est quod per legem Æliam Sentiā ęquè punitur patronus qui libertum adegit ad iusiurandum ne vxorem ducat, aut libertā ne nubat, aut qui ab illis hac de causa aliquid stipulatus sit *l. adigere 6. D. de iur. patr. l. vlt. D. qui & à quib. manum.* quāuis etiam per legem Iuliam de maritādis ordinibus, huiusmodi iusiurādum remittatur, vt cū Haloandro legēdū est in *§. vl. d. l. adigere*, Nisi in singulari casu *l. quæsitū pen. D. qui à & quib. manum.* si libertā patronus iureiurando adegisset ne ea liberos impuberes habens nuberet, Nihil enim contra legē Æliā Sentiam videtur fecisse, qui non perpetuā viduitatē libertę iniunxit, sed ętati liberorum ipsius piè prudentérque prospectū voluit. Non solum autē successione liberti priuatur patronus qui fecit contra legem Æliā Sentiam, sed & omni alio iure patronatus *l. qui contra 15. D. de iur. patr.* vbi scriptum est nihil hunc iuris habere in libertum. Additur, *nec ipse nec liberi eius.* In quo tamē dissenserunt Iureconsulti, Celsus primùm & Iulianus, deinde eorum exemplo cęteri. Pleriq; enim Iuliani sententiā probāt, vt refert Vlp. in *l. adoptiuū 8. §. vlt. De in ius vocand.* Ergo nō omnes inter quos Paulus in *d. l. qui contra.* Is enim & in aliis plerisque ab Vlpiano, Iuliano, adeóq; Papiniano vltro dissensit, Parúmq; subtiliter facit Donellus, qui vt eos cōciliet vult Paulum intelligi de iis liberis patroni qui idē fecerint quod eorum pater aut facienti patri consenserint *arg. d. l. vlt. in princ. qui & à quib. manum.* quę interpretatio non conuenit verbis Pauli quę sunt tā generalia vt hanc restrictionē non facilè patiantur. Neq; verò lex Ælia Sen-

L. is qui oneranda 32. D. de oper. libert.

L. adigere 6. De iur. patron.

L. vl. D. qui & à quib. manum.

d. l. adigere §. vlt.

L. quæsitum penult. D. qui & à quib. manu.

L. qui cōtra 15. D. de iur. patron.

L. adoptiuū 8. §. vlt. D. de in ius vocand.

tia de patroni liberis locuta est, sed de patrono, ac proinde param intersit quid patroni filius fecerit cùm nec quicquā iuris in libertum habeat viuo patre eodémque patrono, nec consequenter possit amittere ius quod non habet, Nisi quod ei tanquam patroni filio debetur honor à liberto. Planè dubitandum nō puto quin sic Paulus intelligi debeat, vt viuo patrono nihil iuris habeant eius liberi in libertum, Ne alioqui non tantū ab Vlpiano & Iuliano, sed etiam à Celso dissensisse Paulus videatur, Id enim est, quod Celsus dicebat ius patroni eo viuo in filium non transire, Ita innuens eo mortuo non esse liberis deneganda iura patronatus propter delictum patris, cùm sint ipsi innocentes Et hæc sententia certè humanior & fauorabilior est, ex generali iuris regula quæ non vult alieni delicti pœnam ad innocentes peruenire *l. sancimus 22. C. de pen. l. si quis suo 33. §. 1. C. de inoffic. testam.* Sicut è contrario magis probarem sententiam Celsi & Pauli vt viui patris delictum liberis noceret hactenus ne viuo patrono qui à iure patronatus cecidisset idem ius in liberos ipsius transiret, quia cùm viuo patrono nihil iuris habeant ipsius liberi nisi ex eius persona, absurdum sanè videtur plus iuris eos habere ob id solùm quòd is ex cuius persona aliquod anteà habebant suum amiserit. Quinimo multò cōuenientius est vt ex alterius persona nemo plus iuris habere possit quàm alter ille habeat, quod & idem Paulus sentit in *l. qui in seruitutem 9. De bon. libert.* Dices hanc rationem si recta sit facere debere, vt nec post patroni mortem quicquā iuris in eius liberos trāsferatur. Nego: Est enim multò iustius & tolerabilius vt iam mortui non etiā viui patroni persona liberis non noceat, qui eo tēpore quo patronus iā defunctus sit patronorum loco esse incipiunt, non itē eo adhuc viuo, quo tēpore nihil nisi spē iuris patronatus habent *l. libertus 14. D. de tut. & curat. dat.* Quāquā fatendū est nouum valde esse, vt pro patroni filio ille habeatur, qui eius filius sit quem lex nō habeat pro patrono, Videtúrque non minùs illud requiri ne pater quàm ne filius indignus sit iure patronatus, ad hoc vt patroni filius, quātùm ad ius patronatus attinet, pro patroni filio habeatur *arg. l. si filius 23. in princip. D. de iur patron.* tametsi possit interdum superesse operarum petitio etiam vbi ius patroni non est vt in *l. vlt. de oper. lib.*

L. qui in seruitutem 9. D. de bon. libert.

L. si filius 23. in princip. D. de iur. patron. L. vlt. D. de oper. liber.

ILLATIO XVIII.

Generalem operarum promißionem ciuiliter & ex equitate interpretandam esse.

DEcimo octauò ex eodem Principio fit, vt illa etiā quę libertatis causa iustè sunt imposita liberto aut libertę, interpretationem recipiāt ex ęquitate, Vt quāuis generaliter promissę sint operę qualescūque, eę tamen dūtaxat promissę videātur quę probè ac iure licito imponuntur *d. &. l. vt iurisiurādi 7. §. iurare 2. eo. tit De oper. libert.* earúmq; editio totē pndeat ex ęstimatione edētis, id est hactenus vt dignitati, facultatibus, cōsuetudini & artificio eius cōueniētes edātur *l. pen. eo.* etsi patroni quoq; persona spectāda est *l eius artificij 16. §. 1. eo.* sed multò magis liberti, ne audiatur patronus si poscat operas quas vel ætas liberti recuset, vel infirmitas corporis eius non patiatur, vel quibus institutum, aut propositum vitæ liberti minuatur *l. nec audiendus 17. eod.* Patroni certè ratio hactenus habenda est, vt eo loco edi operæ debeant, vbi patronus moratur sumptu scilicet & vectura patroni *l. opera 21. eo.* Quod postremū ideo adiectū fuit, quia operę generaliter impositæ debētur quidē, sed in hoc aut illo loco nō debeatur certa lege, sicut nec in hoc aut in illo loco morari

L. vt iurisiurandi 7. §. iurare L. 1. De oper. libert. L. eius artificij 16. §. 1. eo.

rari patron' cogitur. Et hui' illationis ratio ea est, quòd cùm libertus iā liber sit, & extra manū ac potestatē pristini domini cōstitutus, non vsque adeò inhumanè cum eo agendum est vt suprà quàm libertatis fauor & æquitas pati possit obligatus intelligatur. Hinc fit vt eius artificij quod post manumissionem didicerit libertus operas præstare debeat, si tales eæ sint quæ quandoq; honestè ac sine periculo vitæ præstari possint, nec semper illas, quę manumissionis tempore præstari debuerunt. Sed si turpes operas exercere posteà cœperit pręstare debebit eas quas manumissionis tēpore pręstabat *d. l. eius artificij 16. in princi. l. hæ demum 38. eod.* Hinc, quod in omnibus operis pręcipuè obseruādū est vt tēporis spatia, quæ ad curā corporis necessaria sunt liberto relinquātur *l. cùm patronus 22. in fi. eo.* etsi non ad libertos tātùm, sed & aliū quēlibet operas edentē hoc ius pertinet, quippe quod non ex solius libertatis fauore, sed ex ipsa quoq; naturæ necessitate proficiscatur. Hinc, quod si patronus vagari per orbē terrarū velit nō est iniungēda liberto necessitas vbiq; eū sequi *d. l. quod nisi 20. in fin.* iunct. *l. sed & hæ 35. §. non solum de procurat.* Hinc quod si patroni plures cōsultò in diuersas regiones discesserint, & liberto simul operas indixerint, placet diē quidem operarū cedere, sed tamē, quod certè mirū est, libertū non obligari, quia non per eū, sed per patronos stet quominùs dentur. Sicut accidit cùm ægrotāti liberto operæ indicuntur *l hæ operæ 23. §. 1. eo. tit. de oper. libert.* vbi additur, Si diuersarū ciuitatū patroni sint & in sua quisq; moretur, consentire illos debere in operis ab eo accipiendis. Durū enim est, inquit Iulianus, eū qui se liberare potest decē diebus operādo simul operis indictis si in accipiēdis nō cōsētiāt cōpelli ad pręstādā alteri quinque operarū ęstimationē. Hinc quod libertus ita iurauerit, D*aturū se quot operas patronus arbitraturus sit*, nō aliter ratū esse debet arbitriū patroni quàm si æquū sit arbitratus. Nā & ea ferè mēs est personā suā arbitrio substituētiū, vt quia sperēt eū rectè arbitraturū, id faciāt, nō quia vel immodicè obligari velint *l. si libertus 30. in pri. eo.* Hinc, quod si interdū & augmētū & diminutionē & mutationē recipit obligatio operarū. Nā dū lāguet libertus patrono operę quę iā cedere cœperūt, pereunt. Sed & si liberta quę operas promisit ad eā dignitatē perueniat, vt incōueniens sit præstare illā operas patrono, ipso iure hæ intercidēt *l. interdū 34. eo.* Vt puta si patroni sui vxor facta sit *l. liberta 8. C. eo.* aut etiā cōcubina *l. liberta 46. D. eo* Hinc, quod liberta maior annis quinquaginta, operas patrono præstare nō cogitur *l. liberta 35. eo.* nēpe quod vix fit vt post eā ætatē fœmina operas cōmodè pręstare possit. Hinc, quod finitur obligatio operarū libertatis causa impositarū, nec minùs præteritarū quàm futurarū, si libertinus duos pluresve à se genitos natósve habebit, dū ne infames, vel etiā vnū quinquēnē *l. qui libertinus 37. eo.* Quod tamē ad pręteritas operas pertinet, Intellige, si nō iā earū nomine cōdēnatus sit libertus. Tunc enim nō potest liberari, quia pecuniā debere iā cœpit *§. Iulianus ea. leg.* Sensus est operas solas esse in petitione & in obligatione non earū preciū, In pręstatione tamē & cōdēnatione non posse operas esse sed earum æstimationem, quia quæ sua die non fuerunt præstitæ, si posteà præstentur, iam aliæ esse videntur, quemadmodum si aut ab alio aut alij præstarentur *arg. l. si quando 8. l. quia aliæ 12. eo.* Ideóque quādiu secuta cōdēnatio non est, licèt petitę sint operæ, nō impediri liberationē, ex lege Iulia de maritādis ordinibus, quę de ipsis operis nō de earum æstimatione locuta est *l. nec patronis 6. C. eod.* Eandem verò rationem facere vt ex die condemnationis ac proinde ex quo debitum

L. cùm patronus 22. in fin. eod.

L. quod nisi 20. eod. l. sed & hæ 35. §. non solum D. de procurat.

L. hæ operæ 23. §. 1. eod.

L. si libertus 30. in princ. eod.

L. interdum 34. l. liberta 46. eod. l. liberta 8. C. eod.

L. qui libertinus 37. D. eod.

§. Iulianus ead. leg.

L. si quando 8. L. quia aliæ 12. eod.

L. nec patronis 6. C. eod.

operarum cœpit transfusum esse in obligationem pecuniæ,non possit liberatio induci *arg.l.si fundus* 16.*§.si pluris* D.*de pignor.l.*1.*§. item si ita D. ad leg. falcid.*quia lex vt dixi de æstimatione nihil cauit. Additur alia exceptio in §. *sed si d.l.qui libertinus*,Si creditori suo libertum patronus delegauerit (quod ad operas scilicet fabriles & artificiales,nã officiales alij quàm patrono edi non possunt ne quidẽ iubente patrono *d.l.opera* 9.*l.quoties* 24.*eod.*)Hoc enim casu factæ delegationis non potest ex lege Iulia obtingere liberatio, Ratione illa & optima & necessaria quam Paulus reddit, quòd solutionis vicẽ cõtineat hæc delegatio,ideóque per eam libertus à patrono liberetur *l.*3. C. *de nouat.*iã autẽ semel lIberatus amplius liberari nõ possit.Quod cùm ita sit nõ possũ intelligere quã rationẽ habeat distinctio quæ subiicitur in hac verba *potest tamẽ dici,si in id quod patrono promisit,alij postea delegatus sit,posse eũ liberari ex hac lege:nã verum est patrono eum promisisse, quamuis patrono nunc non debeat,Quòd si ab initio delegante patrono libertus promiserit non liberari eũ.* Quæro enim,Quomodo fieri potest, vt illo etiam casu quo libertus post operarum promissionem patrono factam delegatus sit, liberetur ex lege Iulia de maritandis ordinibus propter susceptos posteà liberos, cùm iam semel per delegationem tanquam per solutionem fuerit liberatus? Quòd si per delegationem ideò liberatus est à patrono quòd ei soluisse videatur, soluisse autem non aliam ob causam intelligitur,quàm quia sic mandãte patrono & iubente,alij easdẽ operas promiserit,qua tandem ratione aut ęquitate fieri potest,vt ab eo quoque cui delegatus est nullis etiã præstitis operis liberetur? An non verò lex Iulia de patrono solo locuta est,non etiã de illo cui patronus bona fide libertum delegasset?Ratio enim illa *nam verum est patrono eũ expromisisse* ridicula est,cùm nõ illud solummodò verum sit patrono libertũ operas promisisse,sed etiam, quod magis est, soluisse vi & potestate delegationis. Habet siquidem delegatio duplicem hunc effectum , vt & qui delegatur alieno creditori, proprio soluere hoc ipso videatur *d.l.*3. *C. de nouat.* & vt qui proprium debitorem delegat , proprio etiam creditori soluere intelligatur *l.quamuis* 8.*§.interdum D.ad SC. Velleian,l.qui debitorẽ* 18.*D.de fideius.*Sed & secunda pars distinctionis falsa est.Fieri nãq;nõ potest vt ab initio delegante patrono libertus promittat alij operas,id est quas prius ipsi patrono nũquã promiserit.Sicut enim nullas operas libertus debet ne patrono quidem si nullę impositæ sint *d.l.cùm patronus* 22.*§.* 1.*in fin.d.l. operis* 31.*De oper.liber.*ita nec à patrono sic imponi possunt,vt alij quàm patrono debeãtur:quia licèt fabriliũ & artificialiũ operarũ de quibus agimus ea cõdicio sit,vt à quocũq;cuicũq; solui possint *d.l.opera* 9 *eo.*nõ tamẽ similiter vt alij quàm patrono deberi possint.Aliud enim est extraneo deberi operas,aliud solui.Adeò vt neq;seru' patroni operas sibi dari stipulari possit sed nominatim patrono stipulari debeat, neq; patronus facere vt quis alius siue filius ille sit siue extraneus possit adiici causa solutionis operarũ,ne alię quàm quę patrono debitę sũt operę solui videãtur *l.seru'* 10.*cũ seqq.eo.*in eámq;rẽ necessariũ ideò est auxiliũ & remediũ delegationis *l.si nõ sorte* 26.*§.libertus. in fi.*D. *de cõdict.indeb.*Deniq;cõstat delegationẽ non aliter fieri nedum valere posse quàm si delegãtis debitor sit is qui delegatur *d.l.quãuis* 8. *§.si mulier ad Vell. l.si quis* 12.*& seq.l.delegare* 17.*& pass. D. de nouat.* Prius ergo est vt patrono libertus operas debeat quàm vt earũ nomine alij delegari possit.Et cõsequẽter fieri nequit, vt patroni creditori delegetur ab initio,id est earũ operarũ nomine

§. *sed si d. l. qui libertinus.*

L. opera 9.*l. quoties* 24. *eod.*

Operæ extraneo solui possunt, liberi non possunt.

L. seruus 10. *cũ seqq. eod.tit.*

L.si non sortem 26.*§.libertus in fi.* D. *de cond. indeb.*

nomine, quas patrono nunquam debuerit. Itaque nec illud dici potest quod in textu sequitur *non liberari eum.* Quomodo enim liberari, aut non liberari potest is qui nec obligatus sit? Siquidem liberatio præcedētē supponit obligationem. Sic dicimus posthumum liberti non liberare heredes patris sui, quòd proficisci liberatio à liberto debeat, nec quisquā per mortem suā liberari intelligatur, cùm iā per mortem suam sit ipse liberatus, vt eleganter Paulus ratiocinatur in *d. l. qui libertinus §. posthumus.* Vbi quod additur *ex lege autē nati liberi prosunt* hunc sensum habet, quòd lex Iulia de solis liberis iā natis locuta est, non de posthumis: Vt nimirū inferat libertum qui patri suo iā defuncto & liberato nō possit amplius acquirere liberationem operarū, nec ipsius heredibus prodesse debere, quibus tamen vtique prodesset si lex de posthumis quoq; locuta fuisset. Qua ratione non dissimiliter defendimus legē Iuliā de solis patronis locutā iis verbis *patrono patronæ liberísve eorum* nō posse libertū liberare ab operis nō patrono ipsi debitis, sed alij cui fuerit ille delegatus. Quò etiā pertinet quod in eiusdē legis fine scriptum est, Si libertus operarū nomine expromissorem dederit, nihil hoc caput legis Iuliæ ei prodesse, quia cùm expromissor ille sit, qui solus obligatur pro alio, in quo differt à fideiussore (neq; enim per fideiussionē fit nouatio, sicut fit per expromissionē) lex autē de solo liberto liberádo egerit, nihil causę est cur expromissor liberetur, neq; principaliter, neque per consequētias, quomodo si fideiussor esset liberaretur per consequentiā liberato liberto, qui quoniā cū fideiussore obligatus manet, perinde liberatur acsi solus esset obligatus vt eadē lex ait. Non enim propositū suum lex Iulia seruaret, si non succurreret fideiussori liberti, cùm alioquin fieret vt libertus à patrono iā liberatus nullū liberationis effectū sentiret, si protinus per interpositā fideiussoris personam idipsum à quo liberatus esset patrono dare cogeretur *l. 1. §. exceptionē D. quar. rer. act. non det.* In summa, cùm fideiussoris datio non faciat quominùs libertus ipse maneat obligatus, ita nec obstat quominùs idem libertus susceptis quádoq; liberis liberari possit, Eo autē liberato, ipsam quoq; fideiussoriā obligationē quę nō nisi accessoria est, extingui & euanescere necesse est *l. si fideiussor 19. D. de dolo.* Quod nō similiter de expromissore dici potest, quippe qui licet pro alio anteà obligato, tamē solus & principaliter obligatur, cùm is qui expressionē dat hoc ipso quasi per nouationē liberetur. Dices non eo minùs fieri vt expromissor postquàm soluerit habiturus sit regressū aduersus libertum, perinde acsi libertus etiā post expromissionē in obligatione remāsisset: Quid enim referre potest an pro eo expromittendo, an soluendo eū liberauerit? Ita sanè est. Sed tamē non idcirco eadē ratio constitui potest expromissoris & fideiussoris propter illā dissimilitudinis rationē quā attulimus. Nec legis Iulię propositū fuit libertum propter liberos à se susceptos liberare, nisi quatenus esset obligatus, quia nec aliter potuit de eo liberádo quicquā cauere. Proinde expromissore dato pro operis à liberto quātoscumque liberos posteà libertus suscipiat, neq; libertus potest liberari quia non est obligatus: lex autē non nisi de liberto obligato locuta est, neq; expromissor, quia libertus non est, lex verò de solis libertis locuta fuit, Nec queádmodū ad fideiussorē ita & ad ex promissorē, legis sentētia trahi potest, quoniā ad fideiussorem trahitur per consequentiā necessáriā. Ad expromissorem verò trahenda esset principaliter cùm ex persona liberti qui ipse non liberatur, consequi li-

d. l. qui libertinus §. posthumus.

d. qui libertinus in fin.

L. 1. §. exceptionem D. quar. rer. act. non dat.

De differentia expromissoris & fideiussoris operarum.

berationem expromissor non possit. Eadem igitur ratione dicendum è contrario est, si patroni creditori libertus delegatus sit, quamuis post factã à se, quod necessariò supponendum est vt diximus, operarum promissionẽ, nullã tamen ei liberationem ex lege Iulia quæri posse, quia licèt patroni creditori sit obligatus, tamẽ à patrono iã liberatus est per delegationem acsi iã ipsi soluisset, lex autem Iulia non egit de liberto liberãdo nisi à patrono, id est nõ etiã de illo liberando à patroni creditore. Sícq; eadem erit ratio expromissionis & delegationis, quemadmodũ & eadem esse debet. Per vtrãque enim æquè fit nouatio, & differentia tantùm in eo est quod per delegationem debitor id quod vni debet alij promittit, Per expromissionem verò quod vnus debet alius promittit. Delegatio mutat creditorem, Expromissio debitorẽ. Hęc cùm ita sint, non video quo colore iã negare quis possit totã illã additionẽ & distinctionẽ quę est in *d. §. sed si creditori*, quã nos falsã esse & à iuris ratione penitus abhorrere ostẽdim⁹. Triboniano potius quàm Paulo nostro tribui oportere. Nihil. n. Triboniano familiarius est, quàm vt huiusmodi distinctionib⁹ & respõsa prudẽtũ corrũpat, & suã iuris inscitiã patefaciat, quod ab eo factũ esse hoc loco si quo vnquã alio, ausim certò adfirmare. Huius porrò iuris quod lex Iulia induxit de liberto ab operarũ obligatione propter susceptos à se liberos liberãdo, duplex ratio fuisse videtur, Vna generalior vt liberi homines in quorũ numero sunt liberti aliquo proposito præmio ad iustas nuptias cõtrahẽdas iustísq; liberis replendã ciuitatẽ inuitarentur, Ideóq; nimirũ locuta est de liberis natis in liberti patris potestate. Non enim nascũtur in potestate nisi qui ex iustis nuptiis nascuntur, vt dicemus ad *tit. De patr. potest.* Altera specialior, quòd libertus ex quo tẽpore vel iã binos liberos habet in sua potestate, vel saltẽ vnũ quinquennẽ, incipiat operas suas debere alẽdis liberis nõ patrono. Cùm enim amplius nõ sit in domini manu & potestate, ad eũ nõ ad patronũ cura pertinet alẽdorũ liberorum, quos vt suscipere potuerit, data ei libertas fecit, sine qua nec matrimoniũ cõtrahere potuisset, liberos autẽ sine matrimonio sperare, multò minùs. Et hæc secunda ratio ad Principij nostri sensum accõmodatior est. Nã & inde fit, vt siue patronus, siue patroni filius & nepos aut pronepos libertæ nuptiis consenserit, operarũ exactionẽ amittat, nõ quidẽ ante nuptias præteritarum *d. l. si libertus 30. §. in libertam*, sed earum quæ ex nuptiarum die cedere potuissent in id vsque tempus quo liberta nupta esse desierit, Nec tantùm si consensus interuenerit, sed & si ratihabitio *l. si quis 13. §. vlt. cum l. seq. eo.* adeò vt in patrono quoq; impubere idem sit si accesserit voluntas tutoris *d. l. si quis §. si impubes.* Nõ alia ratione quàm quòd hæc liberta cuius matrimonio patronus consensit, in mariti non in patroni officio esse debeat, vt eleganter scribit Hermo. in *l. sicut patronus 48. eod.* Vnde illud etiam fit è contrario, vt quamuis vxorem habeat libertus, idcirco patronus operas exigere prohibeatur *d. l. si quis hac 13. §. etiamsi*, nempe quia non sicut vxor marito ita & vicissim maritus vxori officium debet, in eóque vt & in aliis plerisque iuris nostri articulis deterior est cõdicio fœminarum quàm masculorũ *l. in multis 9. D. de stat. hom. l. vxores 9. & seqq. D. de his qui not. infam.* Planè si nuptię quibus patronus consensit nullas vires habeant, operas exigere patronus nõ prohibetur *d. l. sicut. §. 1.* quoniam liberta nullum debere potest officium ei qui maritus nõ est, & consensus à patrono præstitus nuptiis libertę, tacitã semper eam cõdicionẽ habet, si nuptiæ sequentur. *arg. l. si extraneus 6. D. de condic. caus. dat.* Sed etsi patrona aut filia vel neptis,

De liberto ab operarũ obligatione ob susceptos à se liberos liberando.

L. si libertus 30. §. in liberta D. de oper. libert. L. si quis 13. §. vlt. cum l. se. eod. & §. si impubes d. l. si quis L. sicut patronus. 48. eod. d. l. si quis §. etiamsi l. in multis 9. & seqq. D. de stat. homin. l. vxores 9. & seqq. D. de his qui not. infam. d. l. sicut §. 1. & in fin.

neptis, vel proneptis patroni, libertæ nuptiis consenserit, placet operarum exactionem nõ denegari, quia his personis nec ab ea quæ nupta est indecorè pręstãtur *d.l.sicut in fin.* Quòd si plurium liberta vnius tantùm voluntate nupserit, alteri petitio operarum manet *l.si duorum* 28.*eod.*

L.si duorum 28.eod.

ILLATIO XIX.

De præstanda operarum æstimatione.

DEcimononò ex eodem supradicto Principio fit, vt libertus indictas sibi operas à patrono præstare præcisè non cogatur, sed liberetur dando earũ ęstimationẽ, quomodo euenit in cęteris omnibus faciendi obligationibus *l.si quis ab alio* 13.*§.vlt.D.de re iudic.l.stipulationes non diuiduntur* 72.*vers.Celsus l.quoties quis alium* 81.*De ver.obligat.l.medicus* 26.*§.*1.D.*de oper.libert.* De quo videnda sunt quæ scripsimus *libr.*20.*Coniect.cap.*19. ne hîc eadem repetamus.

ILLATIO XX.

Libertinum hominem eius libertum esse à quo manumissus est.

VIcesimò ex eodẽ Principio fit, vt qui libertinus est dicatur regulariter libertus eius à quo manumissus est. Nã si libertinus ille est qui ex iusta seruitute manumissus fuit, planè cõsequens est vt patronus ille sit qui ex iusta seruitute manumisit *l.adoptiuum* 8.*§.patronum D. de in ius vocand.* Hinc nullius libertus dicitur qui ex defuncti domini testamẽto libertatẽ cõsecutus est, non quòd nullũ manumissorẽ habeat, aut incertũ, sed è contrariò quia certum est eum fuisse manumissorẽ qui iã nullus est, quia defunctus est. Vnde & orcinus libertus *l.*3.*§.planè D.de legit.tutor.*iũct.*l.*4.*D.de liber.l.si is cui* 49.*De fideic.libert.* An hoc verò ob id solũ quod defũctus sit is qui manumisit? Mimimè. Nã si ita esset orcinus quoq; & nullius libertus dici deberet qui vindicta manumissus esset defuncto tãdẽ manumissore quod falsum est. Sed quia cùm directa libertas testamento datur, & ex eo testamẽto cõpetit, manumissor ille est qui ipso tẽpore manumissionis, & cõpetẽtis libertatis iã nullus id est mortuus est. Nõ enim manumissio fit eo instãti quo libertas legatur, id est viuo adhuc testatore, sed eo demũ quo libertas ex legato cõpetit, hoc est quo suprema volũtas per legẽ confirmatur, quod non fit nisi mortuo iã testatore. Nam, vt & Diuus Paulus ait mortuũ esse testatorẽ, necesse est ad hoc vt testamentũ cõfirmetur. Imò & aditam hereditatem vt legatum libertatis vtiliter cedat *l.nam cùm* 8.*D. quand.dies leg.ced.l.vnic.§.libertatibus C.de cad.toll.* Ideóque & qui orcinus libertus est, familiæ libertus dicitur *l.si socius* 48. D. *de manum.testam.* non quasi à familia manumissus quæ nec manumittere vllo casu posset, sed quia familiã sequitur, & eius libertus est cuius est familia, consequenter heredis defuncti, ad quẽ & familia pertinet. Dices, Quid igitur interest an à viuo an à defuncto manumissus sit? Interesse namque constat ex eo quod Vlp. scribit in *l.* 2. *De statulib.* statuliberũ qui pendente condicione manumissus sit ab herede, non amittere spem orcini liberti. Quòd vtique ridiculè diceretur si nihil eius referret an orcinus an heredis libertus esset. Aut cur nullius libertus esse dicitur, qui libertus est heredis? Respondeo multum interesse, quia non potest hic tanquã ingratus accusari ab herede, qui ipse patronus nõ est, quique beneficiũ

L. adoptiuũ 8.§.patronũ D. de in ius vocand.

L.3.§. planè D. de legit. tutor.l.4.D. de bon.liber. l.si is cui 49. D.de fidei. libert.

L. si socius 48.D.de manu. testam.

L.2.de statulib.

L. 1. C. de libert. & eor. liber.

nõ dedit, cùm nec ea accusatio permittatur illi qui ex alieno testamẽto fideicõmissariã præstitit libertatẽ *l. 1. C. de liber. & eor. liber.* quẽ tamen nemo dixerit si non plus, certè minus iuris habere debere, quàm si neque sponte neque coactus manumisisset. Item quia bonis heredis vẽditis, adeòque bonis defuncti, neque heres ipse neque bonorum emptor ius vllum patronatus in hunc libertum habet, quod diuersum esset si aut à defuncto ipso aut ab herede vindicta manumissus fuisset *arg. l. si bona 40. D. de oper. libert.* Hinc etiam est quod is quoque qui fideicommissariam libertatem prestitit, quia reuera manumisit, patronus est licèt coactus manumiserit, quia quod coactus manumittit non facit quin verum sit eum solum dare libertatem, quæ ex sola manumissione competit, non etiam ex iussu manumittendi, Sed facit tamen vt in quibusdã pro patrono non habeatur, vt explicauimus *illat. 8. sup ex §. pen. Inst. de singul. reb. per fideic. relict. l. is quoque 9. D. de in ius vocand. l. 3. in princ. & §. 1. De suis & legit. l. si quis hac 13. D. de oper. lib. l. qui ex causa 29. D. de bon. libert. l. 1. C. de libert. & eor. liber.* Vsque adeò autem manumissio & libertum & patronũ facit, vt interdum etiã is qui non manumisit si tamen libertatis causam præbuit, pro patrono habeatur, Vt puta si quis seruum ea lege emerit vt intra certum tempus manumitteret, nec tamen manumiserit intra id tempus, quo casu seruus habetur pro manumisso & liber fit ipso iure *l. sed si hac 10. in princ. D. de in ius vocand.* quamuis non possit libertum tanquã ingratum accusare *l. si quis hac 30. qui & à quib. manum.* Sic è contrario, si quis ancillã ea lege vendiderit ne prostitueretur, & ipsa prostituta sit ab emptore, placet ita esse eam liberã ipso iure, vt tamen venditor sit patronus *d. l. sed si hac §. 1.* Rationem diuersitatis reddit Donellus *lib. 21. Comment. cap. 19.* quòd superiore casu tributum erat emptori à venditore vt seruum manumitteret, Posteriore verò venditor ancillã ad libertatẽ rectà vocat sine vllo facto intermedio emptoris. Sed parum subtiliter, ni fallor. Neque enim verum est, posteriore isto casu vocari ancillam rectà in libertatem à venditore sine emptoris facto, siquidem fit libera ipso iure, ac proinde sola legis potestate non ex sola venditoris voluntate, quippe quæ non potuit nuda eum habere effectũ vt ancillã sine manumissione perduceret ad libertatẽ. Ac prætereà fatendum est hoc casu intercedere factum emptoris cùm non aliã ob causam fiat ancilla hæc ipso iure libera, quàm quia contra legem venditionis prostituta sit ab emptore. Illa igitur differentiæ ratio & breuior & planior reddenda est, quòd priore casu lex supplet factum emptoris qui secundùm voluntatem venditoris manumittere & potuit, & debuit, Posteriore verò non supplet lex, sed punit factum emptoris ob id quod fecerit contra licitã & honestam legem venditioni dictã à venditore. Porrò absurdum esset ex eodem facto & pœnã subire emptorem & lucrum sibi acquirere, quod contingeret si amittendo ancillam acquireret sibi libertam. Hinc illud etiam est, quod si iurauero me patronum esse non sum absolutè patronus, id est etiã quantum ad successionem, quia iusiurandũ non facit patronum, sed manumissio *l. si iurauero 24. D. de iur. patr.* quamuis mihi honor debeatur ne in ius vocari possim nisi venia priùs impetrata propter vim iurisiurandi, quod alioqui nullum ius tribueret *d. l. adoptiuum 8. §. patronum.* Aliud est si pronunciatum sit me patronum esse, Tunc enim sententiæ stabitur *d. l. si iurauero.* quia res iudicata pro veritate habetur *l. res iudicata 208. De reg. iur. l. ingenuum 25. D. de stat. homin.* & consequenter

L. si bona 40 D de oper. libert.

§. pen. Inst. de sing. reb. per fideic. relict. l. is quoque 9. D. de in ius vocand. l. 3. in princip. & §. 1. De suis & legit. l. si quis hac 13. D. de oper. libert. l. qui ex causa 29. D. de bon. libert. l. 1. C. de libert. & eor. liber.

L. sed si hac 10. in princ. D. de in ius vocand.

L. si quis hac 30. D. qui & à quib. manum.

d. l. sed si hac §. 1.

L. si iurauero 24. D. de iur. patron.

L. adoptiuũ 8. § patronũ de in ius vocand.

quenter pro manumissione habetur sententia per quam pronunciatum est me patronum esse acsi pronunciatum est me esse manumissorem cùm patronus ille maximè ac verè sit, qui manumisit. Dissimilis est is qui collusionem detexit liberti cum patrono colludentis & pro ingenuo se gerentis. De quo *in l. vlt. D. de collus. deteg. & in d. §. patronum.* Hic enim etsi sit patronus in vicem & locum veri patroni sicut & fieret dominus si collusionem serui detexisset. *d. l. 1. & tot. ill. tit. De collus. deteg.* non tamen ideo ius illud nancisci: ur quòd pro manumissore habeatur, sed constituto iure, quia sic placuit Senatui ob publicã vtilitatẽ, ex ratione illa quã ponit Caius *in d. l. 1. eod.* Cùm enim senatusconsultum vim legis habeat, vt suo loco diximus, lex autem tanquam quæ & hominum & rerum omnium regina sit *l. 1. & 2. D. de legib.* de singulorum iure, statu, & dominio disponat prout reipublicæ vtilius esse videt, nemo dubitat, quin & ex senatusconsulto & ex alia lege qualibet possit ius patronatus interueniente iusta causa transferri à manumissore in non manumissorem nulla etiam inducta fictione interpositæ tacitè manumissionis, quia nec manumissio ipsa conferre posset libertatem nisi concurreret potestas legis. Lex autem quæ manumissioni eam vim tribuit dummodò sollenniter ac ritè facta sit, non se ipsam obligat & adstringit, quominùs aliis quoque modis, id est etiam citra manumissionem & liberũ facere possit, & libertũ, & patronũ, Vnde & iis casibus, quib. placuit seruos pro præmio accipere libertatẽ, videas requiri necessariò sententiã *l. 1. ill. tit. C. pro quib. caus. serui pro præm.* nec tamẽ manumititti seruum ab eo qui dominus non sit, vt puta ab ipso prætore vel à præside si seruus domini necem detexerit & vindicauerit, sed tantùm pronunciari & statui à magistratu vt hic liber sit, quomodo vtiq; accipiẽda est *d. l. 1.* postremis illis verbis, *Non ex ipso facto, sed aditione & sententia præsidis reportabis*, vt cõstet ex *l. si necẽ 4. in princ. De bõ. liber.* vbi scribit Paulus hũc de quo prætor sic statuit & pronũciauit vt liber sit, nõ tamẽ à prætore libertatẽ consecutũ videri sed potiùs ex senatuscõsulto scilicet de quo in *d. l. 1.* Idémq; iuris esse puto in cæteris casibus de quibus *in l. 2. 3. & 4. eod. tit.* C. id est si seruus reum falsæ monetæ aut raptus aut desertæ militiæ detulit. Nã & hic seruus libertate donatur ex Imperatorũ constitutionibus, sed adito priùs, & ita statuente præside vel prætore, vt liber sit, non autem vt ipso iure, ac citra vllum magistratus factum liber fiat. Et consequenter quid de illo qui necem domini detexit scriptum est in *d. l. si necem*, nullius libertum eum esse, idem & aliis casibus obtinere puto. Quid enim refert an ex senatusconsulto, an ex Principis constitutione seruus libertate donetur? Aut vt magistratus in statuenda & adiudicanda huic libertate senatus an principis mentem ac sententiam subsequatur? In eóque dissentio etiam à Donello qui *lib. 2. Comment. ca. 12.* scribit tribus his casibus fiscum esse manumissorẽ & patronũ duplici ratione, Propterea quòd, inquit, causa publica sit, & ad fisci vtilitatem propter bonorum publicationẽ pertineat, Itẽ quia fiscus pretium soluat domino, tanquam cui per fiscalem manumissionẽ seruus eripiatur, quæ vtraque ratio parùm apta est. Etsi enim bona eius qui de falsa moneta vel de raptu vel de militia deserta delatus est publicanda sunt ex legibus, ac proinde ad fisci vtilitatẽ, quid tamen iuris fisco tribuere illud potest vt alieni serui manumittendi ius nanciscatur? An non multò potentius est ius legis quàm fisci ad hoc vt siue ignorãti siue inuito domino seruus qui libertatẽ meruerit, eripiatur? Denique quo iure obsecro aut colore fieri potest vt fiscus

L. vlt. D. de collu. deteg.

L. 1. eod.

L. 1. C. pro quib. caus. serui pro præm.

L. si necem 4. in princip. De bon. libert.

l. 2. 3. & 4. C. pro quib. caus. serui.

in traditionibus 44. *D. de pact.* Dices, Cur ergo fuit necessaria autoritas cōstitutionum vt seruus hic ex solo lapsu temporis fieret liber ipso iure & citra manumissionem? Respondeo, quia supradicta ratio concludit duntaxat emptorem qui non nisi hac lege dominus factus fuerit, si cōtra legē venditionis fecerit libertatem, quam non dederit debere non posse, tāquā qui ne plenè & absolutè dominus intelligatur. Ex hoc autē euenire potiùs necesse esset, vt seruus hic maneret, quippe qui nec reuera esset manumissus, nec à venditore ipso manumitti ampliùs posset: ad quem scilicet dominiū per traditionem translatum, sine noua traditione regredi non potest, quoties pactum nullum tale adpositum est quod ipso iure venditionem resoluat. Itaque vt liber hic fieret citra manumissionem necessarium fuit auxilium constitutionis, vel eo magis quod neque ipsius venditoris voluntas illa vnquam fuit, vt is sine manumissione liber esset, cùm emptori impositam voluerit necessitatem manu mittendi. Constitutio autem factum emptoris supplet ac repræsentat vt is ipse intra præstitutum tempus manumisisse intelligatur, vt nihil sit quod faciat ne videatur hic seruus fuisse in pleno dominio emptoris quominus libertatem consequi possit. At in herede qui fideicommissariam libertatem debet, nihil tale tractari potest nec in alio quolibet cui seruus legatus sit ea lege vt eum manumittat, Nisi additum sit si non manumiserit liber esto quo casu placet seruum statim liberum fieri *l. si ita scriptum* 37. *D. de man. testam.* *l. si ita scriptum 37. D. de manum. testam.*

ILLATIO XXI.

Factus liber inuito domino, non fit eius libertus.

VIcesimoprimò ex eodem Principio fit vt quoties inuito domino præsertim verò si ob culpā domini seruus sine manumissione & ipso iure perueniat ad libertatem, ita vt nec domini factum legis potestate suppleatur & repræsentetur, non fiat patronus qui priùs dominus fuit, vt puta si seruus propriis nummis emptus vt ab emptore manumitteretur non fuerit manumissus, de quo *Vlp. in l.* 4. *D de manum.* Siue enim emptor coactus eum manumiserit, siue eo latitante seruus ex sententia prætoris peruenerit ad libertatem exemplo fideicōmissariæ libertatis, vt ait *l. qui se dicit* 67. *l. vix certis* 53. *D. de iudic.* non habebitur pro patrono *d. l. sed si hac* 10. *D. de in ius voc.* Erit quidem patronus si cum manumiserit, licèt coactus, quia fieri nequit vt patronus non sit qui manumissor est, sed tamen pro patrono nō erit habendus. At si eo latitante seruus sine manumissione peruenerit ad libertatem, neque patronus neque patroni loco habendus erit ille, qui dominus fuit. Eadémq; causa est eius, pro quo manumittēdo alius pecuniā dederit, quia parū interest an à seruo ipse an ab alio pecuniā acceperit dominus ad manumittendū *l. si quis ab alio* 19. *D. de manumiss.* Itē si is q ancillā vēdiderat ea lege ne prostitueretur eā ad se receptā ipse prostituerit, placet nō esse illū patronū *d. l. si hac §.* 1. quia neque manumisit neque pro manumissore habendus est cùm in pœnam prostitutionis ab eo ipso factæ ancilla libertatem consequatur. Non enim debuit inhonestè committere in legem quam emptori honestè dixerat.

l. 4. D. de manumiss. l. qui se dicit 67. l. vix certis 53. D. de iudic. l. sed si hac 10. D. in ius voc.

l. si quis ab alio 19. D. de manum. d. l. sed si hac §. 1.

ILLATIO XXII.

De libertate ignoranti adeóque inuito danda.

VIcesimosecundò ex eodem Principio fit, vt & inuitò & multò magis ignorāti libertas dari possit *l. vlt. §. sin verò* C. *de testam. manum.* & consequenter etiā infanti & furioso *l. penult. & vlt. D. de manum.* Nam cùm libertatē dare nihil aliud sit quàm è manu sua emittere, apparet nullū in eo re-

l. vlt. §. si verò C. de testā. manum. l. pen. & vlt. D. de manumiss.

quiri factum ac ne quidem consensum manumissi, sed sufficere factũ manumittentis, Sicut & vt auis quã in manu mea habeo recipiat pristinã suã libertatẽ, sufficit vt è manu mea illã emittã dũmodo eo animo vt fiat illa libera nec amplius eam persequi velim *l. naturalem* 5. *l. Pomponius* 44. *De acq. rer. dom.* Idq; est quod ait *d. l. pen.* hoc fieri ex ipsa iuris ratione vt infans liber fieri possit, id est non ætatis fauore hoc receptum esse vt alia pleraq;, sed ad iuris communis causam pertinere, quoniã qui infantẽ in manu habet perinde atq; senẽ è sua manu emittere potest, similiter & furiosum æquè ac hominẽ sanę mẽtis. Deniq; quod in mentis cõpotibus personis etiam ignorantibus iuris ratio induxit, idẽ in furiosis quoq; & infantibus obtinet, qui scilicet ignorantibus cõparantur *l. filiusfamilias* 16. *in fin. D. qui testam. facer. poss.* licet nonnunquam is qui infans est adeóque pupillus, melioris condicionis sit, quàm qui prorsus abest & ignorat vt in specie *l. cùm filiusfamilias* 49. §. *in hac stipulatione De verb. obligat.* Et sanè cùm is qui libertatem accipit nihil noui acquirat, sed tantùm pristinã & naturalem libertatem recuperet sublato vinculo seruitutis quod ius gentiũ induxerat, quid obsecro impedit quominùs tollatur illud vinculum etiam inuito seruo, quo etiam inuito fuerat contractum? *vel ex reg. l. nihil tam naturale* 55. *De reg. iur. l. prout* 80. *D. de solut.*

l. naturalẽ 5. l. Pomponius 44. D. de acquir. possess.

l. filiusfamilias 16. in fi. D. qui test. facer. poss. l. cùm filius familias 49. §. in hac stipulatione De verb. oblig.

ILLATIO XXIII.

De prohibito manumitti.

VIcesimotertiò ex eodem Principio fit vt seruus maneat nec libertinus fieri possit, quisquis prohibitus est manumitti. Siue ea prohibitio facta sit per testamentum *l. 2. C. qui non poss. ad libert. peru.* siue per contractũ aut expressis verbis, vt cùm quis ea lege venditus est ne vnquã manumittatur, *l. ea quidem* 5. *C. si mancip. ita fuer. alien. l. 4. §. in illis l. 4. §. in illis l. seruus* 9. *D. de manumiss. l. ille* 9. §. *vlt. qui & à quib. manum.* aut æquipollentibus, vt cùm seruus venditus fuit ea lege vt exportaretur *d. §. in illis*, Scilicet si non ante fidẽ ruptã manumissus est, id est nisi priùs fuerit exportatus. Hic enim posteà manumissus fit liber *l. 1. C. si seru. export. ven.* Idẽ est si quis à præfecto vel à præside aliòve magistratu ob delictũ aliquod prohibitus sit manumitti *d. l. seruus* 9. *d. l. ille* 9. §. *vlt.* In quo numero cõputãtur etiã ij qui in perpetua vincula dãnati sunt *l. 1. C. qui non poss. ad libert. peruen.* Quid enim tã contrariũ manumissioni quàm perpetua vincula? Sed etsi ad certum vsq; tempus in vincula dãnatus quis sit, idẽ est vt nimirũ intra illud tẽpus manumitti non possit, quoniã ad finẽ vsque illius tẽporis æquè perpetua sunt vincula *d. l. 1.* Sic & lege Fauia de plagiarijs prohibetur intra decẽ annos manumitti seruus plagiarius pro quo dominus pœnã intulit *l. lege Fauia* 12. *D. de man.* vbi additur, in hoc decennio computando nõ mortis sed facti testamenti tempus inspiciendum esse. Idem generaliter placuit ex Hadriani constitutione in seruis ideo tantùm manumissis vt crimini subtraherentur *l. qui pœna* 8. *in fin. D. de manum.* Ne scilicet ad iustam libertatem peruenire vnquam possint. Nam & in seruis qui culpa vacant, perinde constitutum est vt si pro alieno delicto quæstioni subiici possint, manumitti interim nequeant, ne quæstioni subtrahantur, nempe ad certum vsque tempus puta sexaginta dierum in specie *l. prospexit* 12. *D. qui & à quib. manum. l. 3. C. de adulter.*

l. 2. C. qui non poss. ad libert. peruen.

l. ea quidem 5. C. si mancip. ita fue. alien. l. 4. §. in illis l. seruus 9. D. de manumiss. l. ille 9. §. vlt. qui & à quib. manum.

l. 1. C. si seruus export. ven. l. 1. C. si qui non poss. ad libert. peruen.

l. lege Fauia 12. D. de manum. l. qui pœna 8. eod. in fin. l. prospexit 12. D. qui & à quib. manum. l. 3. C. de adult.

ILLA-

ILLATIO XXIIII.

De adsignatione libertorum.

Vicesimoquartò ex eodem Principio fit vt qui seruum manumisit eique libertatem dedit vsque adeò patronus eius fiat vt etiamsi moriens plures liberos relinquat possit cui velit ex liberis suis libertũ adsignare ex Senatuscõsulto de quo in *l.1. & tot.tit.* D. *de adsign.libert.* id est significare cuius ex liberis libertum eũ esse velit *l.adsignare* 107. *De verb.signif.* adeóq; nuda voluntate, id est non solũ quibuscũq; verbis, & siue viuus hoc est inter viuos, siue in vltima voluntate vt testamẽto & codicillis, sed etiam nutu, & quocunq; indicio volũtatis *d.l.1.§.adsignare*, nec minùs filio exheredato, quàm instituto *§.sed etsi exheredato ibid.* sicut & non minùs libertũ qui apud hostes sit quàm eũ qui sit in ciuitate *§.is quoque ibid.* nimirũ propter spẽ postliminij quę huic liberto perinde ac cæteris ciuibus romanis cõpetit, cùm sit ipse & liber & ciuis. Propter quã etiã causam si apud hostes moreretur, in ciuitate decessisse intelligeretur ex fictione legis Corneliæ vt haredẽ posset habere eum ex liberis patroni cui adsignatus à patrono fuisset. Illud notandũ est adsignationẽ liberti, neque quasi legatũ, neq; quasi fideicõmissum percipi, ideóq; nec fidei cõmisso posse onerari vt ait Scæuola *in l.adsignare 7.eod.tit.* Nimirũ quoniã qui adsignat libertum disponit quodammodo de homine libero qui tamen cùm in hominum commercio non sit, neque legari neque per fideicommissum relinqui potest. Ideóque nec adsignandi ius haberet patronus iure communi, si non specialiter eo senatusconsulto datum illi esset. Vnde etiam est quòd liberi patroni, quanquam & ipsi in plerisq; causis iure manumissoris censeantur, tamen paternum libertũ etiãsi eis à patre fuerit adsignatus ipsi liberis suis adsignare nõ possint *l.liberi 8.eod.* Nõ alia ratione quàm quia ius adsignãdi liberto ex solius senatusconsulti autoritate competit, Senatusconsultũ autem de eo solo patrono locutum est qui reuera fuerit ipse manumissor, id est à quo libertus libertatem consecutus sit, vt ex verbis senatusconsulti apparet. Inde illud quoq; quod non ei tantùm qui in potestate est, sed etiam emancipato filio libertum adsignare patronus potest, sed ita tamen si modò non pauciores quàm præterea duos habeat in potestate *l. vtrum 9.eod.* Vtrumque enim fit ex verbis senatusconsulti, quod in danda adsignandi licentia de eo solo locutum est, qui duos pluresve liberos ex iustis nuptijs quæsitos in potestate haberet. Cùm verò egit de liberis quibus adsignatio fieret, generaliter ita scripsit *cuius ex liberis suis* nulla distinctione facta suúsne heres esset ille filius an emãcipatus. Itaque nouũ ius alioquin fauorabile senatuscõsulti cuius verba essent generalia, generaliter quoq; intelligi debere visum est, vt etiam ad emancipatos pertineret. Quòd si quis curiosiùs inquirat, Cur senatusconsultum de eo solo patrono conceptum sit, qui duos pluresve liberos habeat in potestate, ad exclusionem eius qui totidem emancipatos duntaxat haberet, aut vnum in potestate, alium emancipatum, cùm suprà dixerimus etiam emancipatos posse in ius patronatus succedere, adeóq; ex æquis portionibus cum suo herede licèt ex inæqualibus fuerint instituti, maximè verò si agatur de obligatione operarum quæ pendet ex iure patronatus *l. vt iurisiurandi 7.§.si liberi & §.parui D.de oper. libert.* Dicendum est senatusconsulta omnia sicuti iuris ciuilis partem constituunt, ita & emancipatos pro extraneis habere non pro filijs, ideóque vix

l.1. & tot. tit. De adsign libert. *l.adsignare 107.de ver. signific.* *d.l.1 §. adsignare & § sed etsi exheredato. & §.is quoque.* *l.adsignare 7.eod.* *l.liberi 8. eod.* *l. vt iurisiurandi 7.§.si liberi & §. parui De oper.libert.*

ILLATIO XXIIII.

De adsignatione libertorum.

Vicesimoquartò ex eodem Principio fit vt qui seruum manumisit eique libertatem dedit vsque adeò patronus eius fiat vt etiamsi moriens plures liberos relinquat posit cui velit ex liberis suis libertū adsignare ex Senatuscōsulto de quo in *l.1.& tot.tit.* D. *de adsign.libert.* id est significare cuius ex liberis libertum eū esse velit *l.adsignare* 107. *De verb.signif.* adeóq; nuda voluntate, id est non solū quibuscūq; verbis, & siue viuus hoc est inter viuos, siue in vltima voluntate vt testamēto & codicillis, sed etiam nutu, & quocunq; indicio volūtatis *d.l.1.§.adsignare*, nec minùs filio exheredato, quàm instituto *§.sed etsi exheredato ibid.* sicut & non minùs libertū qui apud hostes sit quàm eū qui sit in ciuitate *§.is quoque ibid.* nimirū propter spē postliminij quę huic liberto perinde ac cæteris ciuibus romanis cōpetit, cùm sit ipse & liber & ciuis. Propter quā etiā causam si apud hostes moreretur, in ciuitate decessisse intelligeretur ex fictione legis Corneliæ vt heredē posset habere eum ex liberis patroni cui adsignatus à patrono fuisset. Illud notandū est adsignationē liberti, neque quasi legatū, neq; quasi fideicōmissum percipi, ideóq; nec fideicōmisso posse onerari vt ait Scæuola *in l.adsignare 7.eod.tit.* Nimirū quoniā qui adsignat libertum disponit quodammodo de homine libero qui tamen cùm in hominum commercio non sit, neque legari neque per fideicommissum relinqui potest. Ideóque nec adsignandi ius haberet patronus iure communi, si non specialiter eo senatusconsulto datum illi esset. Vnde etiam est quòd liberi patroni, quanquam & ipsi in plerisq; causis iure manumissoris censeantur, tamen paternum libertū etiāsi eis à patre fuerit adsignatus ipsi liberis suis adsignare nō possint *l.liberi 8.eod.* Nō alia ratione quàm quia ius adsignādi liberto ex solius senatusconsulti autoritate competit, Senatusconsultū autem de eo solo patrono locutum est qui reuera fuerit ipse manumissor, id est à quo libertus libertatem consecutus sit, vt ex verbis senatusconsulti apparet. Inde illud quoq; quod non ei tantùm qui in potestate est, sed etiam emancipato filio libertum adsignare patronus potest, sed ita tamen si modò non pauciores quàm præterea duos habeat in potestate *l. vtrum 9.eod.* Vtrumque enim fit ex verbis senatusconsulti, quod in danda adsignandi licentia de eo solo locutum est, qui duos pluresve liberos ex iustis nuptijs quæsitos in potestate haberet. Cùm verò egit de liberis quibus adsignatio fieret, generaliter ita scripsit *cuius ex liberis suis* nulla distinctione facta suúsne heres esset ille filius an emācipatus. Itaque nouū ius alioquin fauorabile senatuscōsulti cuius verba essent generalia, generaliter quoq; intelligi debere visum est, vt etiam ad emancipatos pertineret. Quòd si quis curiosiùs inquirat, Cur senatusconsultum de eo solo patrono conceptum sit, qui duos pluresve liberos habeat in potestate, ad exclusionem eius qui totidem emancipatos duntaxat haberet, aut vnum in potestate, alium emancipatum, cùm suprà dixerimus etiam emancipatos posse in ius patronatus succedere, adeóq; ex æquis portionibus cum suo herede licèt ex inæqualibus fuerint instituti, maximè verò si agatur de obligatione operarum quæ pendet ex iure patronatus *l. vt iurisiurandi 7.§.si liberi & §.parui D.de oper. libert.* Dicendum est senatusconsulta omnia sicuti iuris ciuilis partem constituunt, ita & emancipatos pro extraneis habere non pro filij, ideóque vix

l.1.& tot. tit. De adsign libert.
l.adsignare 107.de ver. signific.
d.l.1 §. adsignare & § sed etsi exheredato. & §.is quoque.
l.adsignare 7.eod.
l.liberi 8. eod.
l. vt iurisiurandi 7.§.si liberi & §. parui De oper.libert.

vnquam mentionem vllam facere emancipatorum, sed eorum tantùm qui sint in potestate, vel ob id etiam vt inuitarentur ciues romani ad iustas nuptias contrahendas sine quibus nec iustos liberos nec patriam potestatem sperare possent. Aliam autem esse rationem edicti prætorij ex quo proficiscitur non tantùm actio quæ operarum nomine in libertum datur *l.2. eod.l.4. D si à parent.quis manum.* sed & quicquid præterea est quæ ad ius patronatus spectat *l.1. De bon.libert.* Prætor enim liberos emancipatos perinde habet pro liberis atque si in potestate retenti essent: nec in eo ius nuptiarũ lędit, cùm ex iustis nuptiis susceptos & in patris potestate natos fuisse necesse sit omnes quotquot emancipantur. Quare nec improbabiliter quis meo iudicio dixerit adsignationem illam liberti quæ facta sit in fauorem filij emancipati non tam iure ciuili & ex senatusconsulto ipso defendi posse quàm tuitione prætoris, hac parte vt & aliàs plerunque subsequentis nõ minùs patris quàm senatus voluntatẽ *arg l.pater 10.in fin.D de cap & postlim.* cùm sufficiat prætorem nihil facere contra senatusconsultũ licet neque faciat ex præscripto senatusconsulti *l.necnon 28.§ quod eius D.ex quib.caus.maior.* Hinc illa etiam dubitandi ratio in *l.vlt.§.primo.eod.tit.de adsig.libert.* An in posthumis quoque locum habere possit senatuscõsultum, videlicet quia de liberis qui sint in potestate senatus locutus est. Ergo de posthumis nihil eo senatuscõsulto prouisum est vt lex ait, quia posthumi non sunt nec fingi possunt esse in potestate patris *l.vlt.D.de collat bonor.* quia nec quod ad hoc habentur pro natis quandiu in vtero sunt, vt diximus ad Princip.3.*vers.Errant etiam sup.De ingen.* Magis tamen putat Pomponius etiam posthumos contineri, scilicet ex sententia potiùs quàm ex verbis senatusconsulti. Hinc rursum dubitandi causa, Vtrum possit quis testamento adsignare vt libertum eum quem eodẽ testamento manumiserit. Etsi enim certum est etiam testamento fieri posse manumissionem, *tot.tit de manum.test.* illud tamen etiam constat non priùs valere manumissionẽ quàm per legem duodecim tabularum confirmata sit, ac proinde confirmato iam testamento quod non fit, nisi defuncto testatore, vt sæpius diximus ex Vlp.in *Titul.tit.1.* Præposterum ergo videtur, vt eum qui nõdũ liber est eo tẽpore quo paterfamilias testatur adsignare vt libertũ possit. Contrà tamen responsum est in *d.l.vlt.in prin.* valere huiusmodi adsignationem, quia neque ex die testamenti vires habere incipit, sed ex eo tantùm tempore quo testamentum totum per legem confirmatur. Atque ita eodem instãti confirmatio fit, & manumissionis & adsignationis, Nec alterutrum tẽpore præcedere necesse est cũ vtrúque fiat ex legis potestate quæ semper in instanti operatur, licèt ordine intellectus necessariò priùs libertũ quẽ esse oporteat quàm vt quasi libertus adsignari possit. Simile quiddã est in *l.si quis ita 42.de manu.test.* Denique inde illud etiã est quod quãuis ex die certa adsignari quis possit, tamẽ vsq; in diẽ certũ vix potest, vt Pomp.loquitur in *d.l.vl.§.vlt* vbi rationem reddit quoniam ipse Senatus huic negotio finem proposuit (sic enim lego non *præposuit*) Sensus est, ex ipsius senatusconsulti verbis declaratum satis esse quando finiri adsignationẽ Senatus voluerit, Nempe si ei, eisve ex liberis cui libertus aut quibus liberti adsignati essent, nulli superessent liberi postquàm ille aut illi in ciuitate esse desiissent, per mortem scilicet aut per deportationem vel etiam damnationem in metallum. Nam ex quacũque causa etiam perduellionis damnato patre iura libertorũ paternorũ liberis salua sint *l.4.D.de iur patron.* tãquã quæ ad ipsas personas libero-

L.2.eod.l.4. D. si à parent. quis manum.l.1. De bon. libert.

L.vlt.§. de adsig.libert.

L.vlt.D. de collat.bonor.

d.l. vlt. in prin.D. de adsig.libert.

L.si quis ita 42. D. de manum. testam.

d.l. vlt. §. v 1. De adsign. libert.

rũ spectent magis quàm ad causã bonorũ patroni, cùm nihil cõmune habeat ius patronatus cum bonis *l. si bona 40. D. de oper. libert.* neque cum hereditate aut bonorum possessione *l. 4. eod.* adeò vt non possit videri quis locupletior factus ob id solùm quòd libertam adquisierit. *l. nemo prædo est 126. §. 1. De reg. iur.* Si tamen is ex liberis cui libertus adsignatus fuit ab hostibus captus sit, non videbitur in ciuitate esse desiisse, quia in ciuitatem reuerti potest. *d. l. vlt. §. pen. de adsig. libert.*

l. si bona 40 D. de oper. liber. l. 4. eo. l. nemo prædo est 126. §. 1. de reg. iur. d. l. vlt. §. pen. de adsi. liberi.

ILLATIO XV.

De reuocandis iis quæ in fraudem patroni alienata sunt.

VIcesimoquintò & vltimò ex eodem supradicto Principio fit vt propositum sit à prætore edictum De reuocandis iis quæ in fraudem patroni à liberto alienata probari possint. Nam cùm ad remunerandum tam grande beneficium quod in libertos confertur cùm ex seruitute ad ciuitatem romanam perducuntur, nihil non viderentur liberti debere patronis, eiúsque honoris moderandi gratia, & ad temperandam exactionem etiam durissimarũ rerum quam patroni facere solebant proposita sit à prætore illa pars edicti quæ est De bonis libertorum, vt Vlp. scribit *in l. 1. ill. tit.* sicuti libertis consultum est, ne quid ab iis præter operas exigi possit, & si quid aliud est quod libertatis causa sic impositũ sit, vt tamen non oneret libertatem, nec nisi certæ partis bonorũ possessio post liberti mortem patrono detur, Ita & patronis vicissim prospici æquum fuit, ne quid in eius portionis fraudẽ à libertis fieri posset, aut vt si quid factũ esset reuocaretur. Quam in rem duplex actio proposita est Fauiana & Caluisiana, de quibus in toto illo tit. *Si quid in fraud. patron.* Sed de vtraque accommodatior erit dicendi locus, ad *tit. de success. libert.* vbi cætera etiam omnia tractabimus quæ ad bona & successionem libertorum pertinent. Hoc verò attigisse sufficiat vt intelligatur ad hoc Principium, referri debere quicquid à prætoribus constitutum est in fauorem patronorum, siue in personas, siue in bona libertorum.

l. 1. de bon. libert.

Fauiana & Caluisiana

PRINCIPIVM III.

De plena libertate quam cum ciuitate habent hodie libertini.

HOdie quisquis libertinus est non modò liber, sed etiam ciuis romanus est, nimirũ ex Iustiniani constitutionib. quæ extãt sub *tit. De dedi. liber. tollend.* at nõ etiam ex iuris, siue gentiũ, siue ciuilis ratione, id est ex sola manumissionis potestate, cùm manumissio id tantùm reddere possit quod serui tus abstulerat, seruitutẽ autẽ nemo dixerit abstulisse aliud quàm naturalẽ illã libertatẽ, quæ sicut omnibus hominibus cõmunis est, ita cũ ciuitate romana nihil cõmune habet. Nõ enim quisquis liber est, idẽ & ciuis romanus est. Ne quidẽ post constitutionẽ Imp. Antonini, de qua in *l. in orbe romano 17. D. de stat. homin.* per quã factũ est vt quotquot in orbe romano sunt ciues romani effecti intelligãtur. Non enim ad libertos pertinuit ea cõstitutio, non magis quàm ad seruos, sed ad ingenuos duntaxat: Et vt elegãter nõ minùs quàm verè Donellus scribit *lib. 2. Comment. c. 16.* beneficium Antonini ad eos solùm pertinuit, qui nõ propria cõdicione personæ, sed cõdicione natalis loci & patriæ impediebãtur, quominus essent ciues romani. Etsi non facilè probo distinctionẽ illã Donelli vt aliud sit dicere *in orbe romano*, aliud *in imperio romano*. Itaq; ad Iustiniani vsq; tẽpora mãsit libertinorũ status tripertitus, vt supra dictis constitutionib. testatur Iust. *& in §. libertinorũ hoc ti.* Primus erat eorum

l. in orbe romano 17. D. de sta. hom.

qui maiorem & iustam libertatem, id est cum libertate ciuitatem romanam consequebantur. Neque enim vnquã indignum visum est eum qui seruus fuisset fieri ciuem romanum, nisi seruo hostium libertas per fideicommissum data proponeretur *l. generaliter* 24. §. 2. *D. de fideic. libert.* vbi tamen additur nihil prohibere quominus etiam hostium seruo fideicommissaria libertas relinquatur in eum saltem casum quo cœperit seruus esse romanorum. Secundus illorum qui inferiorem & minimam libertatem, id est deditítiam cuius condicio pessima omnium fuit. Tertius & medius eorum qui mediam, id est minorem libertatem obtinebant, qui & Latini & Iuniani ex lege Iunia Norbana dicebantur. Quorum omnium quænam & quàm dispar, & in quo dispar condicio fuerit addiscendum est ex Iustiniano *in d. l. vnic. C. de latin. liber. toll. & ex Vlpiani &* Caij *Instit. tit. 1. Paul. lib. 4. Sent. tit. 12.* Est enim ea tractatio parum conueniens instituto nostro cùm non ex Principiis iuris de quibus tantùm agimus differentiæ illæ libertinorum inductæ essent, sed ex iure ita constituto pro arbitrio legislatoris. Illud certè ad iuris veteris cognitionem omnino pertinet, iustam illam libertatem quæ adnexum habebat ius ciuitatis romanæ, indéque & iusta dicebatur, non nisi altero ex tribus modis liberto per manumissionem acquiri potuisse: videlicet si quis manumissus esset aut vindicta, aut testamento, aut censu. Quem postremum modum (nam de prioribus iam satis multa diximus) sic interpretatur Vlp. *in fragm. tit.* 1. vt per censum manumitti olim dicerentur qui romæ iussu dominorum lustrali censu inter ciues romanos censum profitebãtur: de quo etiam Cicero in Topicis. In huius modi veteris manumittendi locum qui cum antiquo illo census more in vsu esse desiit, substitui possunt alij ex Iustiniani constitutione *in d. l. vnic. C. de latin. libert. toll.* si quis ancillã suam homini libero in matrimonium collocauerit, & pro ea dotem dederit, si dominus apud acta seruum suum filium nominauerit. Si instrumenta quibus ille seruus nominabatur ipsi seruo dederit corrumpenda, vel ipse corruperit. Adde *§. vlt. inf. De adopt.* Item si seruus sciente & non contradicente domino in clerum allectus sit: Nam & hunc sola ipsa allectione non tantùm liberum, sed etiam quod magis est ingenuum fieri voluit Iustin. *Nouell. 123. de sanctiss. episc. §. si seruus.* Sic & locum alterius veteris modi manumittendi vindicta, qui sollennitates multas exigebat, placuit Iustiniano sufficere vt dominus seruum in actis publicis filium suum nominauerit *d. l. vnic. de latin. lib. toll.* Aut vt manumittatur in cœtu ecclesiæ id est sub aspectu plebis & sacerdotum, Domino ipso aut alio, qui publicè verba ibi faciat idipsum publicè significante, id est seruum illum à domino suo manumitti *l. 1. & 2. C. de his qui in ecclesi. manum. §. multis hoc tit.* Itaque hodie non requiruntur acta illo casu vt in præcedente, sed sufficit qualiscunque scriptura dummodo ab ipsis dominis vice testium subsignata. Inter amicos autẽ & priuatim iam olim manumittere licuit, & hodie licet, nec tãtùm inter amicos sed etiã per epistolã, sed ita tamẽ vt quinque testes adhiberi oporteat exemplo codicillorum *d. l. vnic. & d. §. multis* iunct. *l. vlt. §. vlt. C. de iur. codicill.* præterquam si à clerico libertas data proponatur, quo casu placuit Constantino vt valeat libertas etiam sine teste aut interprete, dummodo de voluntate constet *l. vlt. C. de his qui in eccles. manum.* Rata etiam manumissio est hodie quæ fit per adoptionem *D. §. vlt. inf. de adopt.* id est cùm tanquam filius adoptatur

l. generaliter 24. §. 2. De fideic. libert.

l. vnic. C. de latin libert. toll. l. vnic. C. de dedit. libert. tollend.

Tres modi antiqui conferendæ plenissimæ libertatis. Noui modi à Iustiniano introducti.

§. vlt. Infr. de adopt.

l. 1. & 2. C. de his qui in ecclesi. manumitt.

l. vnic. C. de latin. libert. tollend. Et § multis hoc tit.

l. vlt. C. de his qui in eccles. man.

adoptatur. Quid ni enim sufficit adoptio cùm satis sit vt seruus in actis queadmodum diximus filius nominetur? Sanè sicut olim non sufficiebat nuda voluntas domini ad dandam seruo libertatem, ita nec hodie, quia quo preciosior libertas est eo magis necessarium est vt seriò & diligenter agat quisquis tanti momenti rem vult dare. In ijs solis manumissionibus quæ testamento fiunt, nihil ex iure vetere immutatum fuit. Excepto casu *l. vlt. C. ill. tit. de test. manum.* Illud obseruatione dignum est quod *Cuiac. tractat. lib. 4. obser. cap. 5.* hodie sublatam esse libertinorum condicionem postquam placuit Iustin. *Nouell. 78.* manumissos in serues fieri non libertinos, nimirum si manumissor ius patronatus remi erit. Sed tamen Nouellę verba ostendunt non minus manere omni casu & libertum & libertinum, eum qui manumissus fuit.

l. vlt. C. de test. man.

Nouell. 78.

PRINCIPIVM IIII.

De ijs quæ sunt iurisdictionis voluntariæ de plano expediendis.

QVę sunt iurisdictionis voluntariæ non contentiosæ de plano expediri possunt, id est quocunque loco etiam transeunte magistratu, quia neque per libellum, neque cum causæ cognitione, sed ad nutum & arbitrium petentis expediunter. Multóque magis potest in eam rem libellus sufficere si offeratur. *l. nec quicquam 9. §. vbi decretum & § de plano D. de offic. proconf. l. omnia quæcunque 71. de regul. iur.* Est enim iurisdictio duplex, vna voluntaria, altera contentiosa *l. 2. de offic. proconf.* Voluntaria dicitur non ex parte magistratus qui officium suum petenti impertiri semper debet ac necesse habet, sed ex parte illius qui adit magistratum quoties id petit quod ei omnimodo concedendũ sit, quia nullius alterius contradictione impediri possit: Contentiosa autem è contrario vt & verbum ipsum sonat de iis rebus est de quibus inter duos pluresve contenditur, ac proinde quæ non in volentem sed in inuitum contendẽtem & reluctantem exercetur. Sicut autem voluntaria & contentiosa iurisdictio inter se opponuntur, Ita & illa *de plano* & *pro tribunali cognoscere.* De plano cognoscit magistratus qui non nisi voluntariam iurisdictionem exercet *d. §. de plano.* Pro tribunali verò qui contentiosam *l. scire oportet 23. §. oportet autem D. de excus. tutor. l. 1. §. abolitio D. ad SC. Turpill.*

l. nec quicquam 9. §. vbi decretũ & §. de plano De offic. proconf. l. omnia quæcunque 71. de reg. iur. l. 2. de offic. proconf.

ILLATIO I.

De seruis quòd quocunque loco & tempore possint manumitti.

EX hoc Principio fit quod Iustin. scribit *in §. serui hoc titul.* vt serui à dominis manumitti possint semper, id est quocunque non solùm tempore sed etiam loco. Nec necesse sit pro tribunali manumittere vt Caius loquitur *in l. non est 7. de manum. vindict.* vbi addit quod & Iustin. confirmat plerumque in transitu seruos manumitti solere cùm aut lauandi, aut gestandi, aut ludorum gratia prodierit prætor aut proconsul, legatusve Cæsaris. Imò, quod magis est etiamsi manumissionis quæ vindicta olim fieri dicebatur, illa esset sollennitas vt per lictorem fieret quemadmodum ex Boetio suprà explicauimus, Testatur tamen Vlp. *in l. ego cùm in villa 8. eod. tit.* se in villa cum prætore feriantem passum fuisse apud eum manumitti, licet pręsentia lictoris non esset. Ratio est quia vt sæpius monui, potest seruus etiam inuitus manumitti neque causa recusandæ libertatis vna ex iis est in quibus seruo aduersus dominum consistere permittatur. *leg. vlt. C. de testam. manum.* iunct. *l. vix certis 55. D. de iudic.*

l. non est 7. D. de man. vindic. l. ego cùm in villa 8. eod. tit. l. vlt. C. de testam man. l. vix certis 55. D. de iudic.

ILLATIO II.

Cognitionem de obsequijs parenti aut patrono præstandis de plano expediri.

EX eodem Principio fit vt si agatur de obsequio parentibus patronisque aut liberis patronorum exhibendo, soleat prætor & possit de plano id expedire, id est cōminari & terrere filium à patre oblatum qui non vt oportet cōuersari dicatur, & similiter libertum non obsequētē emendare, aut verbis aut fustium castigatione vt Vlp. ait *in d. l. necquicquam 9. §. de plano D. de offic. procons.* Nempe quia his casibus nihil nisi volūtatē patris dominiue aut patroni explorat prætor, ad cuius officium pertinet vt eā pro patre contra filiū sententiam dicat quam pater ipse dici voluerit *l. si filius 3. C. de patr. potest.*

L. nec quicquam 9. §. de plano D. de offic. Procons. l. si filius 3. C. de patr. potest.

ILLAT. III.

De tutore per libellum se excusante.

TErtiò ex eodem Principio fit, vt à tutela excusare se tutor per libellum non possit *l. excusare 25. D. de excus. tutor.* nimirum quia excusatio tutoris ad contentiosæ non ad voluntariæ iurisdictionis causam pertinet, cùm sicut inuitus tutor dandus est si non iustam habeat excusationem, Ita & inuito etiam pupillo excusandus si iusta sit excusatio. Quod tamen quomodo accipiendum sit dicemus latiùs *ad tit. de excus. tutor.*

l. excusare 25. D. de excus. tutor.

ILLATIO IV.

De abolitione accusationis non nisi pro tribunali facienda.

QVartò ex eodem Principio fit, vt abolitio institutæ accusationis non de plano, sed tantùm pro tribunali facienda sit, quia non in accusatoris potestate & arbitrio esse debet, vt ab ea accusatione ad quam fortassis non modò temerè sed etiam per dolum & calumniam prosilierit resilire impunè possit, ne alioqui eueniat vt optimi cuiusque vita vel existimatio improborum delatorum calumniis exponatur, ideòque magna in ea re cautio plenáque causæ cognitio adhibenda est ne quid fiat in fraudem senatusconsulti Turpilliani, quo pœna constituta est aduersus accusatores istos qui ab accusatione quam sine causa instituerint, etiam sine causa desistunt *d. l. 1. §. abolitio & pass. D. ad SC. Turpill.*

Ex. §. abolitio ad SC. Turpill.

ILLATIO V.

De permittenda distractione prædiorum minoris.

QVintò ex eodem Principio fit, vt si agatur de distrahendo prædio minoris quod non nisi permittente prætore fieri potest ex senatusconsulto illo facto ad orationem Seueri de qua in *l. 1. & tot. tit. D. de reb. eor. qui sub tutel. vel cur. sunt sine decret. non alien.* non sufficiat libellum prætori obtulisse *l. minorum 6. C. de præd. minor.* quia causæ cognitio in eam rem adhibenda est & quidem exactissima vt constat ex *l. magis puto 5. §. non passim & seqq. D. de reb. eor.* Prohibuit enim Senatus ne possint bona immobilia minoris alienari sine decreto, quod ipsum decreti nomen nihil significat nisi plenam causæ cognitionem *d. l. 9. §. vbi decretum de offic. procon.* Nam & latinis *decernere* nihil aliud est quàm de ea re de qua priùs deliberaueris, certi tandem aliquid maturo

l. minorum 6. C. de præd. minor. l. magis puto 5. §. non passim & seqq. D. de reb. eor. qui sub tutel. d. l. nec quicquam 9. §. vbi decretū de offic. Procons.

maturo iudicio constituere. Vnde & decretalis bonorum possessio, quã prætor decernit causa cognita vt ius tribuat, quæq; ideo postquam decreta est repudiari iam non potest. *l. 1. §. decretalis D. de success. edict.* Ad differentiam edictalis bonorum possessionis, quæ sicut ex edicto competit ita & de plano ac sine causæ cognitione dari solet, ob idque vt plurimum sine re est vt Vlpian. in Titulis loquitur *Tit. de bonor. poss.* id est sine effectu. Quamquã nec nouũ est vt edictalis quoque causa cognita detur, id est fiat decretalis, ita vt nec sine decreto, nec nisi pro tribunali detur *l. 3. §. si causa cognita D. de bon. po.* Sicuti tamen non omnis edictalis ex edictali fit decretalis, ita neque edictalem fuisse necesse est omnem quę fit decretalis. Plerunque enim ad decretalis bonorum possessionis remedium decurritur, edictali deficiente, id est manco iure & auxilio edicti, & vrgente tamen æquitate vt in specie *l. ventre 84. in fin. D. de acquir. hered. l. 4. §. vlt. cum l. seq. D. de bonor. poss. contr. tab. l. scriptus 12. D. de Carbon. edict.* De quo latius diximus ad *Tit. de bonor. possess.* Denique de ea re quæ ex vnius hominis voluntate non pendeat, & de qua proinde sit deliberandum, vt sciatur vtrius ex contendentibus potior causa sit, fieri nequit vt magistratus quicquam decernat nisi auditis partibus, ob idque non de plano, & per transitum, aut per libellum, sed pro tribunali quicquid tale est, expediri debet.

l. 1. §. decretalis D. de success. edic.
Bonorum possessio sine re.
l. 3. § si causa cognita D. de bonor. possess.
l. ventre 84 in fin. D. de acquir. vel omitt. here.
l. 4. §. vlt. cum l. seq. de cõtr. tab.
l. scriptus 12. De Carbon. edict.

ILLATIO VI.

De iubendo caueri & possideri ex causa damni infecti.

SExtò ex eodem Principio fit vt in causa damni infecti cùm res celeritatem desideret ac periculosa dilatio prætori videretur si ex ea causa sibi iurisdictionem reseruaret, rectè prætor delegandum putauerit magistratibus municipalibus, vt possint iubere caueri prætoria stipulatione, & in possessionem mittere ni caueatur, At non etiam vt si duretur non caueri liceat ei qui missus fuit in possessionem suo nomine possidere quia tertium hoc non nisi causa cognita fieri solet *l. 1. l. 4. §. duas ergo res & seq.* D. *de damn. infect.* Quò pertinet quod Paulus scribit in *l. vbicunque* 105. *De regul. iur.* vbicunque causæ cognitio est, ibi prætorem desiderari. Est enim illa lex ex Pauli lib. 1. ad edictum, in quo tractasse Paulum sicut & Vlpianum de ea parte edicti quæ est De damno infecto, constat ex *l. 1. & l. prætoris* 5. *D. de damn. infect.*

l. 1. l. 4. §. duas ergo res & seq. D. de damn. infect.
l. vbicunque 105. de regul. iur.

CONFVT. I.

De iurisdictione contentiosa summaria quam nostri æquiparant voluntariæ.

COntra hoc Principium pugnat quod Bart. ad hunc locum scribit idem iuris hac parte constituendum esse in iurisdictione contentiosa summaria quod in volũtaria. Scilicet, vt quod ad eiusmodi iurisdictionem pertinet etiam de plano & quocunque loco expediri possit ex *l. voluit* 4. §. 1. *D. de interrog. in iur. fac.* Etsi enim fateor iurisdictionis contentiosæ cognitionem aliam plenariã esse, aliam summariam, *l. 3. §. causa cognitio De Carb. edict.* cùm tamen vtraque contentiosa sit, neque hæc neque illa exerceri potest, nisi inter plures cõtendẽtes. Et consequenter sicut ex eo fit vt nulliũ sit iudiciũ adeò summarium quod sine partis citatione possit expediri, Ita nec in quo citatã

l. voluit 4. §. 1 De interrog. in iur. faciend.
l. 3. §. causa cognitio D. de Carbon. edict.

qui maiorem & iustam libertatem, id est cum libertate ciuitatem romanam consequebantur. Neque enim vnquã indignum visum est eum qui seruus fuisset fieri ciuem romanum, nisi seruo hostium libertas per fideicommissum data proponeretur *l. generaliter* 24. §. 2. *D. de fideic. libert.* vbi tamen additur nihil prohibere quominus etiam hostium seruo fideicommissaria libertas relinquatur in eum saltem casum quo cœperit seruus esse romanorum. Secundus illorum qui inferiorem & minimam libertatem, id est dedititiam cuius condicio pessima omnium fuit. Tertius & medius eorum qui mediam, id est minorem libertatem obtinebant, qui & Latini & Iuniani ex lege Iunia Norbana dicebantur. Quorum omnium quænam & quàm dispar, & in quo dispar condicio fuerit addiscendum est ex Iustiniano *in d. l. vnic. C. de latin. liber. toll. & ex Vlpiani & Caij Instit. tit. 1. Paul. lib. 4. Sent. tit. 12.* Est enim ea tractatio parum conueniens instituto nostro cùm non ex Principiis iuris de quibus tantùm agimus differentiæ illæ libertinorum inductæ essent, sed ex iure ita constituto pro arbitrio legislatoris. Illud certè ad iuris veteris cognitionem omnino pertinet, iustam illam libertatem quæ adnexum habebat ius ciuitatis romanæ, indéque & iusta dicebatur, non nisi altero ex tribus modis liberto per manumissionem acquiri potuisse: videlicet si quis manumissus esset aut vindicta, aut testamento, aut censu. Quem postremum modum (nam de prioribus iam satis multa diximus) sic interpretatur Vlp. *in fragm. tit.* 1. vt per censum manumitti olim dicerentur qui romæ iussu dominorum lustrali censu inter ciues romanos censum profitebãtur: de quo etiam Cicero in Topicis. In huius modi veteris manumittendi locum qui cum antiquo illo census more in vsu esse desiit, substitui possunt alij ex Iustiniani constitutione *in d. l. vnic. C. de latin. libert. toll.* si quis ancillã suam homini libero in matrimonium collocauerit, & pro ea dotem dederit, si dominus apud acta seruum suum filium nominauerit. Si instrumenta quibus ille seruus nominabatur ipsi seruo dederit corrumpenda, vel ipse corruperit. Adde *§. vlt. inf. De adopt.* Item si seruus sciente & non contradicente domino in clerum allectus sit: Nam & hunc sola ipsa allectione non tantùm liberum, sed etiam quod magis est ingenuum fieri voluit Iustin. *Nouell. 123. de sanctiss. episc. §. si seruus.* Sic & locum alterius veteris modi manumittendi vindicta, qui sollennitates multas exigebat, placuit Iustiniano sufficere vt dominus seruum in actis publicis filium suum nominauerit *d. l. vnic. de latin. lib. toll.* Aut vt manumittatur in cœtu ecclesiæ id est sub aspectu plebis & sacerdotum, Domino ipso aut alio, qui publicè verba ibi faciat idipsum publicè significante, id est seruum illum à domino suo manumitti *l. 1. & 2. C. de his qui in eccles. manum. §. multis hoc tit.* Itaque hodie non requiruntur acta illo casu vt in præcedente, sed sufficit qualiscunque scriptura dummodo ab ipsis dominis vice testium subsignata. Inter amicos autẽ & priuatim iam olim manumittere licuit, & hodie licet, nec tãtùm inter amicos sed etiã per epistolã, sed ita tamẽ vt quinque testes adhiberi oporteat exemplo codicillorum *d. l. vnic. & d. §. multis* iunct. *l. vlt. §. vlt. C. de iur. codicill.* præterquam si à clerico libertas data proponatur, quo casu placuit Constantino vt valeat libertas etiam sine teste aut interprete, dummodo de voluntate constet *l. vlt. C. de his qui in eccles. manum.* Rata etiam manumissio est hodie quæ fit per adoptionem *D. §. vlt. inf. de adopt.* id est cùm tanquam filius adoptatur

l. generaliter 24. §. 2. De fideic. libert.

l. vnic. C. de latin libert. toll. l. vnic. C de dedit. libert. tollend.

Tres modi antiqui conferendæ plenissimæ libertatis. Noui modi à Iustiniano introducti.

§. vlt. Infr. de adopt.

l. 1. & 2. C. de his qui in eccles. manumitt.

l. vnic. C. de latin. libert. tollend. Et §. multis hoc tit.

l. vlt. C. de his qui in eccles. man.

adoptatur. Quid ni enim sufficit adoptio cùm satis sit vt seruus in actis quẽadmodum diximus filius nominetur? Sanè sicut olim non sufficiebat nuda voluntas domini ad dandam seruo libertatem, ita nec hodie, quia quo preciosior libertas est eo magis necessarium est vt seriò & diligenter agat quisquis tanti momenti rem vult dare. In ijs solis manumissionibus quæ testamento fiunt, nihil ex iure vetere immutatum fuit. Excepto casu *l. vlt. C. ill. tit. de test. manum.* Illud obseruatione dignum est quod *Cuiac. tractat. lib. 4. obser. cap. 5.* hodie sublatam esse libertinorum condicionem postquam placuit Iustin. *Nouell. 78.* manumissos in seruos fieri non libertinos, nimirum si manumissor ius patronatus remiserit. Sed tamen Nouellę verba ostendunt non minus manere omni casu & libertum & libertinum eum qui manumissus fuit.

l. vlt. C. de test man.

Nouell. 78.

PRINCIPIVM IIII.

De ijs quæ sunt iurisdictionis voluntariæ de plano expediendis.

QVę sunt iurisdictionis voluntariæ non contentiosæ de plano expediri possunt, id est quocunque loco etiam transeunte magistratu, quia neque per libellum, neque cum causæ cognitione, sed ad nutum & arbitrium petentis expediuntur. Multóque magis potest in eam rem libellus sufficere si offeratur. *l. nec quicquam 9. §. vbi decretum & § de plano D. de offic. procons. l. omnia quacunque 71. de regul. iur.* Est enim iurisdictio duplex, vna voluntaria, altera contentiosa *l. 2. de offic. proconf.* Voluntaria dicitur non ex parte magistratus qui officium suum petenti impertiri semper debet ac necesse habet, sed ex parte illius qui adit magistratum quoties id petit quod ei omnimodo concedendũ sit, quia nullius alterius contradictione impediri possit: Contentiosa autem è contrario vt & verbum ipsum sonat de iis rebus est de quibus inter duos pluresve contenditur, ac proinde quæ non in volentem sed in inuitum contendẽtem & reluctantem exercetur. Sicut autem voluntaria & contentiosa iurisdictio inter se opponuntur, Ita & illa *de plano* & *pro tribunali cognoscere.* De plano cognoscit magistratus qui non nisi voluntariam iurisdictionem exercet *d. §. de plano.* Pro tribunali verò qui contentiosam *l. scire oportet 23. §. oportet autem D. de excus. tutor. l. 1. §. abolitio D. ad SC. Turpill.*

l. nec quicquam 9. §. vbi decretũ & §. de plano De offic. proconf. l. omnia quacunque 71. de reg. iur. l. 2. de offic. proconf.

ILLATIO I.

De seruis quòd quocunque loco & tempore possint manumitti.

EX hoc Principio fit quod Iustin. scribit *in §. serui hoc titul.* vt serui à dominis manumitti possint semper, id est quocunque non solùm tempore sed etiam loco. Nec necesse sit pro tribunali manumittere vt Caius loquitur *in l. non est 7. de manum. vindict.* vbi addit quod & Iustin. confirmat plerumque in transitu seruos manumitti solere cùm aut lauandi, aut gestandi, aut ludorum gratia prodierit prætor aut proconsul, legatusve Cæsaris. Imò, quod magis est etiamsi manumissionis quæ vindicta olim fieri dicebatur, illa esset sollennitas vt per lictorem fieret quemadmodum ex Boetio suprà explicauimus, Testatur tamen Vlp. *in l. ego cum in villa 8. eod. tit.* se in villa cum prætore feriantem passum fuisse apud eum manumitti, licet pręsentia lictoris non esset. Ratio est quia vt sæpius monui, potest seruus etiam inuitus manumitti neque causa recusandæ libertatis vna ex iis est in quibus seruo aduersus dominum consistere permittatur. *leg. vlt. C. de testam. manum.* iunct. *l. vix certis 53. D. de iudic.*

l. non est 7. D. de man. vindic. l. ego cùm in villa 8. eod. tit. l. vlt. C. de testam man. l. vix certis 53. D. de iudic.

maturo iudicio constituere. Vnde & decretalis bonorum possessio, quá prætor decernit causa cognita vt ius tribuat, quæq; ideo postquam decreta est repudiari iam non potest *l. 1. §. decretalis D. de success. edict.* Ad differentiam edictalis bonorum possessionis, quæ sicut ex edicto competit ita & de plano ac sine causæ cognitione dari solet, ob idque vt plurimum sine re est vt Vlpian. in Titulis loquitur *Tit. de bonor. poss.* id est sine effectu. Quamquã nec nouũ est vt edictalis quoque causa cognita detur, id est fiat decretalis, ita vt nec sine decreto, nec nisi pro tribunali detur *l. 3. §. si causa cognita D. de bon. po.* Sicuti tamen non omnis edictalis ex edictali fit decretalis, ita neque edictalem fuisse necesse est omnem quę sit decretalis. Plerunque enim ad decretalis bonorum possessionis remedium decurritur, edictali deficiente, id est manco iure & auxilio edicti, & vrgente tamen æquitate vt in specie *l. ventre 84. in fin. D. de acquir. hered. l. 4. §. vlt. cum l. seq. D. de bonor. poss. contr. tab. l. scriptus 12. D. de Carbon. edict.* De quo latius dicemus ad *Tit. de bonor. possess.* Denique de ea re quæ ex vnius hominis voluntate non pendeat, & de qua pro inde sit deliberandum, vt sciatur vtrius ex contendentibus potior causa sit, fieri nequit vt magistratus quicquam decernat nisi auditis partibus, ob ídque non de plano, & per transitum, aut per libellum, sed pro tribunali quicquid tale est, expediri debet.

l. 1. §. decretalis D. de success. edic.

Bonorum possessio sine re.

l. 3. § si causa cognita D. de bonor. possess.

l. ventre 84 in fin. D. de acquir. vel omitt. here. l. 4. §. vlt. cum l. seq. de cõtr. tab. l. scriptus 12. De Carbon. edict.

ILLATIO VI.

De iubendo caueri & possideri ex causa damni infecti.

SExtò ex eodem Principio fit vt in causa damni infecti cùm res celeritatem desideret ac periculosa dilatio prætori videretur si ex ea causa sibi iurisdictionem reseruaret, rectè prætor delegandum putauerit magistratibus municipalibus, vt possint iubere caueri prætoria stipulatione, & in possessionem mittere ni caueatur, At non etiam vt si duretur non caueri liceat ei qui missus fuit in possessionem suo nomine possidere quia tertium hoc non nisi causa cognita fieri solet *l. 1. l. 4. §. duas ergo res & seq. D. de damn. infect.* Quò pertinet quod Paulus scribit in *l. vbicunque* 105. *De regul. iur.* vbicunque causæ cognitio est, ibi prætorem desiderari. Est enim illa lex ex Pauli lib. 1. ad edictum, in quo fortasse Paulum sicut & Vlpianum de ea parte edicti quæ est De damno infecto, constat ex *l. 1. & l. prætoris 5. D. de damn. infect.*

l. 1. l. 4. §. duas ergo res & seq. D. de damn. infect.

l. vbicunque 105. de regul. iur.

CONFVT. I.

De iurisdictione contentiosa summaria quam nostri æquiparant voluntariæ.

COntra hoc Principium pugnat quod Bart. ad hunc locum scribit idem iuris hac parte constituendum esse in iurisdictione contentiosa summaria quod in volũtaria. Scilicet, vt quod ad eiusmodi iurisdictionem pertinet etiam de plano & quocunque loco expediri possit ex *l. voluit 4. §. 1. D. de interrog. in iur. fac.* Etsi enim fateor iurisdictionis contentiosæ cognitionem aliam plenariã esse, aliam summariam, *l. 3. §. causæ cognitio De Carb. edict.* cùm tamen vtraque contentiosa sit, neque hæc neque illa exerceri potest, nisi inter plures cõtendẽtes. Et consequenter sicut ex eo fit vt nullũ sit iudiciũ adeò summarium quod sine partis citatione possit expediri, Ita nec in quo citatã

l. voluit 4. §. 1. De interrog. in iur. faciend.

l. 3. §. causæ cognitio D. de Carbon. edict.

Partem audiri, ac proinde causæ cognitionem interponi necesse sit: Quid enim attineret citari aduersarium si non esset etiam audiendus? vtrumque enim vt & citãdus & audiendus sit, an, & qua de causa cõtradicere velit, ex eodem Principio fit, nimirum ne vel ignorans vel inuitus ad nutum & voluntatem aduersarij sui lædatur, vt scripsimus ad *Princip.4.illat.4. De instit. & iur. ex l.nam ita 39.D.de adopt.l.etiamsi 29.§ 1.D de minor.l.in concedendo 8.D. de aqua, & aqua pluu.arc.l.vlt.in princip.D.de natal. restit.l.de vnoquoque 47. D.de re iudic.* At in voluntaria iurisdictione aliud est, quæ tota vt dixi ad vnius hominis voluntatem & petitionem accommodatur. Nec obstat quod scriptum est *in d.l.volunt 4.§.1. De interrog. in iur.fac.* ius esse solum eum locum vbi magistratus vel iudex iuris dicendi aut iudicandi gratia consistat *vel si domi vel in itinere hoc agat.* Sensus enim est posse magistratum ius dicere interdum etiam domi, aut in itinere, nec semper requiri vt ius dicãt in loco maiorum, nimirum si non de ferenda sententia plenáque causæ cognitione adhibenda tractetur, sed de præparatorio aliquo iudicij, cuiusmodi sunt interrogationes omnes de quibus *ill.tit.* quæ etsi ad contentiosam non ad voluntariam iurisdictionem pertinent, hoc tamen simile habent cum voluntaria iurisdictione, quod ex interrogantis voluntate pendent, paucique casus sunt in quibus non debeat respondere quisquis interrogatur, dummodo de se non de alio interrogetur *l.& quia 6.§.1.l.9.§.alius ill.tit.* Cæterum consistere in aliquo loco prætorem necesse est vt admittat interrogationem nec eo trãseunte potest fieri interrogatio quomodo fieret manumissio quæ est voluntariæ iurisdictionis.

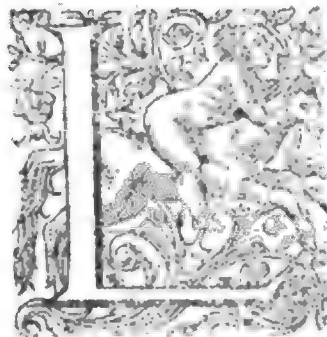
l.& quia 6.§.1.l.9.§. alius De interrog.in iur.faciend.

TIT. VI.

Quib.ex caus.manumitt.non licet.

PRINCIPIVM I.

De libertate quæ semel competijt, numquam reuocanda.



LIBERTAS quæ semel competijt reuocari posteà non potest, nec si probetur data ex falsa causa *§.semel autem hoc tit.l.iusta causa 9.§.1.D.de manum. vindict. l. sicut semel 20. l. sicut datam 26. C. de liber.caus.* cum alijs plerisque in hanc ipsam rem citatis ad *Princip.2. illat.2.De iur.person.suprà*, Vbi veram huius Principij rationem retulimus ad merum fauorem libertatis quæ naturalis est, & ad naturalẽ cuiusque rei in primæuum & naturalem statum reditus propensionem. *l. si vnus 27.§.pactus ne peteret D.de pact.* Sicut enim qui liber natus est non nisi certis modis & à iure siue gentium, siue ciuili inductis ex libero seruus fieri potest. Ita, nec qui è seruitute restitutus est in libertatẽ, potest libertatẽ illã facilè amittere, Quippe quã nõ solũ habeat ex manumissione sed etiam à natura. Nihil enim aliud adfert manumissio, nisi

§.semel autem hoc tit. l.iusta causa 9.§.1. D. de manum. vindict.l.sicut semel 20.l. sicut datam 26.C. de liber.caus. l.si vnus 27 §.pactus ne peteret in fi. D.de pact.

nisi quod tollit obstaculum seruitutis, quo sublato talis remanet homo, quales sunt natura omnes, ac proinde liber. Adeò autem verum est reuocari non posse libertatẽ quæ semel competiit, vt si quid ad eam reuocandam additum sit in illa ipsa clausula per quam libertas data fuit, tota illa adiectio sit inefficax & inanis. *l. imperatores 52. de manum. testam.*

l. imperatores 52. D. de manum. testam.

ILLATIO I.

De lege Sentia impediẽte libertatem datam in fraudem creditorum.

EX hoc Principio multa fiunt quę nos iam cumulauimus loco suprà citato, Sed illud maximè quod initio huius tit. Iustinianus scribit, vt in fraudem creditorum datæ libertates per legem Aeliam Sentiam impediantur. Nam si non impedirentur, vtique competerent ipso iure, tanquam ab eo datæ qui habuit ius dandi, id est qui dominus fuit. Sicut enim constat libertatem non ab alio quàm à domino dari posse, vt diximus ad *Princip. 1. tit. prox.* Ita certum est omnem quicunque dominus sit habere ius manumittendi nisi quatenus lege vel consuetudine aliqua prohibetur. Illud autem etiam indubitatum est eum qui tam multos habeat creditores vt nec soluendo sit, siue se soluendo non esse sciat, siue nesciat, nihilominus perinde bonorum suorum omnium dominum manere ac si nullos haberet creditores, Quoniam inter amittendi dominij modos qui ciuili iure certi sunt & constituti vnus hic non est si quis incipiat habere creditores (sicut è contrario nemo rei vllius dominus fit ob id solùm quòd nullos habeat creditores,) Adeòque nec si ijs creditoribus bona sua vel generaliter vel specialiter obligauerit cùm neque per conuentionem, neque per traditionem pignoris dominium in creditorem transferatur *l. cum & sortis 35. in fin. D. de pignor. act.* ob idque nec prohibeatur debitor quominùs res suas alienet earúmque dominium transferat in accipientem scilicet cum sua causa *l. si conuenerit 18. §. si fundus eod. l. si debitor 4. §. 1. D. quib. mod. pign. vel hypoth. solut. l. alienatio 67. D. de contr. empt.* Qua ratione fuit necesse prospici à prætore aduersus huiusmodi alienationes, non vti ne valerẽt, quod neque prætor salua iuris ratione facere potuit, sed vt quamuis ipso iure valerent, reuocandæ tamen essent ita demum si non solùm in creditorum fraudem factæ, sed etiam fraudis consilium ab emptore participatum esse probaretur. Quæ summa & sententia est totius edicti prætorij de quo in *l. 1. & tot. tit. D. quæ in fraud. credit.* Itaque cùm manumissio veluti quædam alienatio sit *l. obligari 9. §. 1. D. de autor. tutor. l. vlt. C. de reb. alien. non alienand.* poterat sufficere prætoris edictum ad reuocandas libertates in fraudem creditorũ datas si libertas esset ex earum rerum numero quarum alienatio reuocari posset. At quia libertas vt diximus vbi semel competiit reuocari amplius non potest, neque tamen magis æquum est vt in fraudem creditorum libertas dari quàm vt quiduis aliud fieri possit, oportuit viam excogitari per quam non de reuocanda, sed de impedienda libertate ageretur. Quod ipsum non aliter fieri potuit quàm per legem, quia quemadmodum lex illa est, quæ dominij transferendi modos aut adprobat aut improbat, Ita & ad solius legis autoritatem pertinet vt impediat ne per traditionem etiam à domino factam, néve per alium actum quemlibet, qui alioquin ad alienationem vtilem faciendam efficax esset, alienatio inducatur. Ob id enim dicitur lex & hominum & rerum omnium regina quòd & de personarum iure, & de omnium rerum dominio pro arbitrio disponat. Ea verò lex fuit Aelia Sentia, per quam expressim cautum est, ne valeant liber-

L. 1. & tot. tit. Quæ in fraud. credit.

L. obligari 9. §. 1. de autor. tut. l. vlt. C. de reb. alien. non alienã.

tates in creditorum fraudem datæ. Sicut autem huius legis ferendæ necessitatem illud præbuit, quòd aliter posito iure fieri nullomodo poterat vt manumittentium fraudibus vel occurreretur vel ex postfacto remediũ quærere tur Sic & latæ legis æquitas euidens illa est, quod nunquã permittendum sit debitori, vt sui creditoris siue inuiti siue ignoranis condicionem alienando faciat deteriorem ex regula generali *l. soluendo* 39. D. *de negot. gest. l. non debet alteri* 74. D. *de reg. iur.* nec qua alia ratione nisi adijciendo sibi creditorem *l.* 1. §. *ex contrario* D. *de separ.* quod ipsum non alia ratione receptũ est, quàm quia, vt diximus, qui creditores habet, non eò minùs manet dominus, adeò vt si posterioribus creditoribus bona sua obligauerit quæ prioribus nondũ fuerant obligata, præferendi sint posteriores prioribus in bonorum venditione *l. pro debito* 6. C. *de bõ. autor. iudic. poss. d. l eos qui* 9. C. *qui potior. in pign. hab.* Nec ad hunc casum porrigi potest edictum prætoris De reuocandis ijs omnibus quæcũque per debitorẽ gesta sunt in fraudẽ creditorũ, quia licèt ex noui creditoris adiectione prior creditor dãnũ sentiat, fieri tamen non potest vt fraudis consiliũ participet posterior, quem ponimus esse verũ creditorẽ, quique vt maximè priori præferatur, nullũ tamen lucrũ aut commodũ ex debitoris fraude sentit, cùm nihil nisi suũ consequatur. Quænam enim fraus in eo potest esse si initium inspiciatur, cùm quanto pauperior fit is qui nouũ sibi adijcit creditorem, tantò etiã locupletior fiat accipiẽdo ab eo pecuniã quã hoc ipso suã facit? *arg. l. quod bonis* 15. §. *ex donationibus* D. *ad leg. falc.* Sed & obseruandũ illud est quod ex superioribus omnino sequitur, legẽ Æliã Sentiã, quæ impedit libertates in fraudẽ creditorũ datas nõ ad eos creditores pertinere qui seruũ de cuius libertate agatur pignori specialiter acceperint, sed ad illos tantùm qui vel nullũ prorsus, vel generale duntaxat ius pignoris in eo seruo habuerint, quia cæteris non fuit necesse per legẽ prospici, quibus scilicet satis supérq; cautum esset per propriam & specialem pignoris conuentionẽ. Seruũ enim specialiter obligatũ constat non posse manumitti non solùm in fraudẽ creditorũ, sed nec si debitor sit soluẽdo, Propter eas rationes quas attulimus ad Princ. *i. illat.* 3. *sup. tit. prox. ex l.* 3. D. *de mã. l.* 3. C. *de seru. pig. dat. man.* Sic nec edictum prætoris de reuocandis ijs quæ in creditorũ fraudẽ alienata sunt, ad eos creditores pertinet quos pignoratitios appellamus quòd ex bonis debitoris aliquid vel generaliter vel specialiter pignori acceperint, sed ad chirographarios duntaxat, quia debitor alienando bona sua etiam omnia fraudare non potest creditores suos pignoratitios, quippe qui ex causa contracti vtiliter pignoris habituri sint paratam in rẽ actionẽ & quasi Seruianã aduersus quẽlibet possessorem, cùm alienatio fieri non potuerit nisi cum sua causa, vt iam docuimus. Sed in eo melior est cõdicio serui manumissi, quàm cæterarum rerum obligatarum, quod si generaliter tantùm obligatus fuerit ab eo qui etiam post datam libertatem non desiturus sit soluendo esse, nõ impeditur ipsius libertas *l. si quis* 6. D. *qui sine manum. ad libert. peruen. d. l.* 3. C. *de seru. pign. dat. manum.* Cùm tamen in rebus cæteris nihil intersit an generaliter, an specialiter fuerint obligatæ, nec quod ad hoc vt earum alienatio valeat, nec rursum quod ad illud vt in eas alienatas actio quasi Seruiana creditori pignoratiti accommodetur. Cuius dissimilitudinis ratio non ex alio sanè proficiscitur, quàm ex fauore libertatis. Quid autem sit in fraudem creditorum

l. soluendo 39. D. de negot. gest. l. 1. §. ex contrario D. de separat.

l. Pro debito 6. C. de bon. autor. iudic. possid. l. eos qui 9. C. qui potior. in pign. hab.

l. 3. D. de manum. l. 3. C. de seruo pignor. dat. manum.

l. si quis 6. D. qui sine manum. ad libert. peruen.

ditorũ manumittere definit Caius *in l. in fraudẽ 10. D. qui & à quib. man.* vbi ait, in fraudẽ creditorũ manumittere videri eum, qui vel iã eo tẽpore quo manumittit soluẽdo nõ est, vel datis libertatibus desiturus est soluẽdo esse. Sępe .n. inquit, de facultatib. suis plus sperãt homines quàm in ijs reuera sit. Quod frequenter accidit his qui transmarinas negotiationes & in aliis regionibus quàm in quibus ipsi morantur, per seruos atque libertos exercent, quod sæpe adtriti istis negotiationibus longo tẽpore id ignorant, & manumittendo sine fraudis consilio indulgẽt seruis suis libertatem. Quibus verbis videtur Caius innuere in fraudem creditorum manumittere videri etiam eum, qui non habeat cõsilium fraudandi, nec aliud quicquam esse inspiciendum, nisi an datis libertatibus desiturus sit debitor esse soluendo, an non: atque ita omnimodo per legem Aeliam Sẽtiam impediri libertatem. Quod tamen non ita est. Præualuit enim sententia existimantium non aliter libertatem impediri, quàm si is qui dedit animum fraudandi habuerit tametsi bona eius non sufficiant creditorib. vt Iustin. scribit *in §. in fraudem hoc tit.* quod & regulariter in iure nostro obtinet vt fraudis interpretatio non ex euentu tantùm, sed ex cõsilio quoque sumatur *l. fraudis 79. de reg. iur.* vbi quod dicitur *semper* accipe pro *regulariter*, non enim semper idem est vt constat ex *l. vlt. C. qui man. non poss.* licet malè nonnulli in hanc rem adferant *l. ait prætor. 10. §. 1. quæ in fraud. cred.* Ibi enim fraus & ex euentu & ex consilio simul æstimatur. Et sanè cùm verba legis sint generalia nec distinctionẽ hãc inducãt, vtrum euentu tantùm an etiã cõsilio fraus facta sit, facilè potuit libertatis fauor hãc interpretationẽ extorquere. Ac nisi me valde fallo mancus & mutilus est locus ille Caij quem proximè retulimus supplendúsque ex *d. § in fraudem*, vt interseratur tota illa clausula quæ est apud Iustinianũ, *Præualuisse tamen videtur, nisi animũ quoque fraudãdi manumissor habuerit, nõ impediri libertatẽ, quamuis bona eius creditoribus nõ sufficiant.* Non solùm quia locus hic Institutionum ex illo Caij desumptus est, vt præcedentia & sequentia demonstrant, sed etiam quoniam non aliter quadrare potest ratio illa quam Caius reddit, quòd sæpè de facultatibus suis plus quàm in ijs sit, homines sperent. Ad excusandam enim magis, quàm ad coercendam manumissoris fraudem pertinet, sicut & postrema illa legis verba *& manumittendo sine fraudis consilio indulgent seruis suis libertatem.* Et verò ad id expressim accõmodatur ratio hæc à Iustiniano, quod proximè dixerat præualuisse sententiam existimantium non aliter impediri libertatem quàm si fraudandi consilium accedat. Nemo autem probabiliter dixerit eandem rationem facere posse vt libertas & valere debeat, & impediri. Neq; rursum Caius in principio legis sic loquitur vt dicat absolutè in fraudem creditorum manumittere illum qui vel iam eo tẽpore quo manumittit soluẽdo non sit, vel datis libertatibus desiturus sit soluendo esse, sed *manumittere videri*, vt intelligamus si nihil hic nisi res ipsa spectetur, fraudẽ reuera fieri creditoribus qui nõ sint habituri vnde suũ cõsequãtur, sed tamen quod ad hanc legẽ Æliã Sentiã id non sufficere ad impediẽdã libertatẽ, si nõ adsit etiã animus fraudãdi. Námq; aliorũ quoq; Iurecõsultorũ sẽtẽtiã fuisse apparet ex Iuliano *in l. si quis cùm haberet 15. D. quæ in fraud. credit.* vbi ait, ad hoc vt rescindãtur libertates in fraudẽ creditorũ datę, & cõsiliũ fraudis & euentum exigi, adeóque quod magis mirum est in eorundem creditorũ persona. Ex quo infert, si quis cùm haberet Titiũ creditorẽ, & sciret se soluendo non esse libertates dederit testamento, deinde dimisso Titio posteà

l. in fraudem 10. D. qui & à quib. manum.

§. in fraudem hoc tit.
l. fraudis 79 de reg. iur.

Sempronium creditorẽ habere cœperit,& eodem testamento decesserit, *libertates datas debere ratas esse tametsi hereditas soluendo non sit, quia nec fraudatur creditor cuius fraudandi consilium initum erat, nec aduersus eum qui fraudatur, consilium initum fuit.* Vnus tantùm casus excipiendus est qui proponitur ex Paulo in *l.seq.* Nisi priores creditores, ex pecunia posteriorũ dimissi probentur, quod & Vlp.ex Marcello scribit *in l.ait prætor 10.vers. cæterum eod.tit.quæ in frand.credit.* Plerũq; enim solet eadẽ esse ratio posteriorũ creditorũ ex quorũ pecunia dimissi sunt priores quæ nunc foret priorũ si dimissi non essent *l. 2. D. de cess. bon.l.si ventri 24.§ vlt D.de reb autor.iudic. poss.d.* Aliàs *l 9.de priuileg.credit.* Sed exceptio hæc ad eam speciem quam Iulianus tractauit parum est accommodata. Excluserat enim Iustinianus casum illum quo Titius primus creditor ex pecunia Sẽpronii posterioris creditoris dimissus fuisset. Ponit siquidem dimissum fuisse Titium antequàm idem debitor Sempronium creditorem habere cœpisset, ijs verbis *deinde dimisso Titio postea Sempronium creditorem habere cœpit* Ergo non ex pecunia Sempronij, alioqui priùs cœpisset debitor habere Sempronium creditorẽ quàm Titium dimisisset. Videtur tamen hac in specie à Iuliano dissensisse Papinianus. Hic enim apertè scribit in *l.in fraudem 25.D. qui & à quib.manũ.* in fraudem creditorum datas testamento libertates prioribus creditoribus dimissis propter nouos creditores irritas esse. Nec alia conciliationis ratio plerisque videtur adferri posse quàm si Papiniani sententia coangustetur ad eum casum quo non sit satisfactum omnibus omnino qui creditores erant tempore datæ libertatis. Quod tamen ipsa Papiniani verba meo iudicio nõ patiuntur. Illa namque oratio *prioribus creditoribus dimissis* cùm indefinita sit, proculdubio æquipollet vniuersali, & apertissimè casum illũ exprimit quo dimissi sint priores omnes quotquot erant creditores. An igitur Papinianus ex supradicta Pauli distinctione intelligendus erit, vt ita demum libertates in fraudẽ priorũ creditorũ datæ sint irritæ propter nouos creditores si ex horũ pecunia priores dimissi proponãtur? Ne hoc quidẽ dici potest sine nimia diuinatione. Probabilius est meo iudicio distinguere casũ Iuliani à casu Papiniani. Iulianus tractat de eo debitore qui tametsi soluẽdo nõ esset, tamẽ nõ nisi vnũ habebat creditorẽ, Titiũ, nec proinde poterat animũ habere fraudãdorũ creditorũ, sed fraudãdi tantùm Titij. Ex quo fieri necesse est vt postmodum dimisso Titio nõ possit hic debitor videri vnquã animũ habuisse fraudãdi Sẽpronij, qui posteà nouus creditor superuenit. Nihil .n.causæ est cur cõsiliũ fraudãdæ certæ personæ ab ea persona ad aliã de qua tùm neq; in genere, neq; in specie cogitatũ dici possit, protrahatur, præsertim ad impediẽdã libertatẽ. At Papinianus è cõtrario casũ illũ tractat, quo is qui testamẽto libertates dedit, plures habuerit creditores, de quibus omnibus non specialiter & nominatim, sed generaliter fraudãdis iam tùm cogitauerit: quod cùm euenit parũ prodesse debet ad confirmandas libertates, quòd priores creditores dimissi sint, si superuenerint noui qui effectu ipso fraudentur. Nã nec istorũ fraudãdorũ cõsiliũ ab initio defuit, cùm ponamus fuisse cogitatũ in genere de creditorib. omnib. fraudãdis, quicũq; & quotcunq; tandẽ essent, in quorũ numero illi etiã certè continentur qui posteà superuenerunt, cùm æquè sint creditores licèt posteriores. Nemo enim dubitat quin possit quis eo esse animo, vt etiã futuros creditores fraudare velit: quo casu nõminus æquũ est prospici creditorib. illis qui postea fraudis nescij bona fide fraudatoris

l.ait prætor 10.§.1.ver. cæterum eod.tit.

l.in fraudẽ 25.D. qui & à quib. ma.

tis fidem ſecuti ſunt,quàm ſi iã ipſo cõmentę fraudis tempore creditores fuiſſent. Imò tantò æquius,quantò improbior eſt is,qui fraudem ſuam fide ſua nõ modò potiorem,ſed etiã antiquiorẽ eſſe velit. Illud tamen ſciendum eſt fraudandi animũ & conſiliũ in hoc tractatu nõ ex eo ęſtimandũ eſſe, quòd manumiſſor eo tantùm animo & propoſito dederit libertates,vt fraudaret ſuos creditores ſiue pręſentes ſiue futuros,ſed ſufficere vt ſciuerit tunc cùm libertates dedit,aut ſe iã ſoluendo nõ eſſe,aut datis libertatibus deſiturũ ſoluendo eſſe,licèt alioqui iuſtiſſimã habeat libertatis dãdę cauſam,puta ſeruo de ſe bene merito. Id enim eſt quod generaliter Põponius ſcribit in *l.ſemper 23. qui & à quib. manum.* ſemper in fraudẽ creditorũ libertatem dari ab eo qui ſciret ſe ſoluendo nõ eſſe,quamuis dederit bene merẽti. Aliter ſi quidẽ poſito iure nihil eſſet facilius quàm fraudari impunè creditores datis libertatibus ſi ad cõuincẽdam fraudẽ probandũ haberent quid manumiſſor teſtamenti tẽpore animo & mẽte agitaſſet: Vt & cæterorum omnium perdifficilis probatio eſt quæ in animo conſiſtunt *l quia plerumque 3. De interrog. in iur. fac. l. nõ omnes 5. §. à barbaris D. de re milit.* Dices hoc ipſum quod creditoribus probãdum eſſe dicimus, quòd manumiſſor ſciuerit ſe habere creditores , ex earum rerum numero eſſe quæ ſtant in animo. Sed quamquam ita eſt,facilè tamen probari poteſt ſcientia ex factis aliíſque rerum argumentis quæ videntur, puta ex inſtrumentis contractuum ab hoc ipſo manumiſſore celebratorum. Neque enim audiendi erunt ſerui teſtamento manumiſſi,ſi velint contendere defunctum ea ignoraſſe quę ipſe geſſerat *l. quanquam 7. D. ad SC. Velleian.* Id etiam obſeruandum eſt quod Iulianus in *d. l. ſi quis cùm haberet*, ſic loquitur,vt dicat libertates in fraudẽ creditorum datas reſcindi. Aliud enim eſt reſcindi,quomodo & alij Iurecõſulti paſſim loquũtur, cùm tractãt de huiuſmodi libertatibus in fraudẽ creditorum datis,aliud verò reuocari. Non poteſt,vt Principium noſtrum habet, libertas reuocari, ſed reſcindi facilè poteſt: Reuocari enim libertatem cùm dicimus, hoc ipſo ſignificamus tractare nos de libertate quæ ſemel competierit , Siquidem reuocari non poſſet per rerum naturam illa quę nunquam competiiſſet,cùm priuatio habitum ſemper pręſupponat,vt diximus ad Prin. 4. *tit. De ingen.* At reſcindi libertatem qui dicit nihil niſi datam eſſe libertatem præſupponit. Datam, inquam,non à iure, ſed ab homine. Denique reuocatio ſignificat,poteſtatem iuris, reſciſſio verò poteſtatem facti, & quidem eius quod non ſit hominis, ſed legis. Quod addere lubet, vt intelligamus aliud eſſe reſcindi libertatem,aliud adimi. Reſcinditur à lege, Adimitur à teſtatore *l. ſi ſeruus 50. D. de fideic. libert.* quamuis & à lege interdum adimi dicatur,eo ſenſu, vt perinde omnia obſeruentur acſi ab ipſo teſtatore adempta eſſet *l. vnic. D. de adẽpt. libert. l. ſi ita ſcriptum 13. §. regula D. de liber. & poſthu.* Dicat aliquis non poſſe reſcindi libertatem,quę ipſo iure non teneat,quoniam id quod ipſo iure nullũ eſt neq; reſcindi neque rũpi poteſt *l. nã etſi 5. ver. puto D. de iniuſt. rupt.* Reſpondeo tenere ipſo iure dationẽ libertatis in propoſita ſpeci,id eſt quoties verus dominus etiã qui ſe ſoluẽdo nõ eſſe ſciuit proprios ſeruos manumiſit,ſi excludas legis Ælię Sentię poteſtatẽ,quæ hoc ipſo quod hãc libertatẽ impedit ne valere poſſit cũ alioqui eſſet valitura,nõ malè dicitur eam reſcindere. Quomodo & alienationẽ pręediorũ minoris ſine decreto factã cõtra orationẽ Diui Seueri,dicimus reſcindi nõ ſolùm autoritate illius orationis & ſenatuſcõſulti quod ad eam orationẽ factũ eſt,ſed etiã per ſentẽtiã præſidis

L. ſemper 23 qui & à quib. manu.

Reſcindi libertatem facilius eſt, quàm reuocari.

Aliud eſt reſcindi libertatẽ, Aliud adimi.

L. ſi ſeruus 50. D. de fideic. libert. L. vnic. D. de adempt. libert. l. ſi ita ſcriptum 13. §. regula de libert. & poſthum.

V

ris fidem secuti sunt,quàm si iã ipso cõmentę fraudis tempore creditores fuissent. Imò tantò æquius,quantò improbior est is,qui fraudem suam fide sua nõ modò potiorem,sed etiã antiquiorẽ esse velit. Illud tamen sciendum est fraudandi animũ & consiliũ in hoc tractatu nõ ex eo ęstimandũ esse, quòd manumissor eo tantùm animo & proposito dederit libertates,vt fraudaret suos creditores siue pręsentes siue futuros,sed sufficere vt sciuerit tunc cùm libertates dedit,aut se iã soluendo nõ esse,aut datis libertatibus desiturũ soluendo esse,licèt alioqui iustissimã habeat libertatis dãdę causam,puta seruo de se bene merito. Id enim est quod generaliter Põponius scribit in *l.semper 23. qui & à quib. manum.* semper in fraudẽ creditorũ libertatem dari ab eo qui sciret se soluendo nõ esse,quamuis dederit bene merẽti. Aliter si quidẽ posito iure nihil esset facilius quàm fraudari impunè creditores datis libertatibus si ad cõuincẽdam fraudẽ probandũ haberent quid manumissor testamenti tẽpore animo & mẽte agitasset: Vt & cæterorum omnium perdifficilis probatio est quæ in animo consistunt *l quia plerumque 3. De interrog.in iur.fac. l.nõ omnes 5.§.à barbaris D. de re milit.* Dices hoc ipsum quod creditoribus probãdum esse dicimus, quòd manumissor sciuerit se habere creditores , ex earum rerum numero esse quæ stant in animo. Sed quamquam ita est,facilè tamen probari potest scientia ex factis aliisque rerum argumentis quæ videntur, puta ex instrumentis contractuum ab hoc ipso manumissore celebratorum. Neque enim audiendi erunt serui testamento manumissi,si velint contendere defunctum ea ignorasse quę ipse gesserat *l.quanquam 7.D.ad SC. Velleian.* Id etiam obseruandum est quod Iulianus in *d.l.si quis cùm haberet*, sic loquitur,vt dicat libertates in fraudẽ creditorum datas rescindi. Aliud enim est rescindi,quomodo & alij Iurecõsulti passim loquũtur, cùm tractãt de huiusmodi libertatibus in fraudẽ creditorum datis,aliud verò reuocari. Non potest,vt Principium nostrum habet, libertas reuocari, sed rescindi facilè potest: Reuocari enim libertatem cùm dicimus, hoc ipso significamus tractare nos de libertate quæ semel competierit, Siquidem reuocari non posset per rerum naturam illa quę nunquam competiisset,cùm priuatio habitum semper pręsupponat,vt diximus ad Prin. 4. *tit. De ingen.* At rescindi libertatem qui dicit nihil nisi datam esse libertatem præsupponit. Datam, inquam,non à iure, sed ab homine. Denique reuocatio significat,potestatem iuris, rescissio verò potestatem facti, & quidem eius quod non sit hominis, sed legis. Quod addere lubet, vt intelligamus aliud esse rescindi libertatem,aliud adimi. Rescinditur à lege, Adimitur à testatore *l.si seruus 50.D.de fideic.libert.* quamuis & à lege interdum adimi dicatur,eo sensu, vt perinde omnia obseruentur acsi ab ipso testatore adempta esset *l.vnic.D.de adẽpt.libert.l.si ita scriptum 13.§.regula D.de liber.& posthu.* Dicat aliquis non posse rescindi libertatem,quę ipso iure non teneat,quoniam id quod ipso iure nullũ est neq; rescindi neque rũpi potest *l.nã etsi 5. ver.puto D. de iniust.rupt.* Respondeo tenere ipso iure dationẽ libertatis in proposita speci,id est quoties verus dominus etiã qui se soluẽdo nõ esse sciuit proprios seruos manumisit,si excludas legis Ælię Sentię potestatẽ,quæ hoc ipso quod hãc libertatẽ impedit ne valere possit cũ alioqui esset valitura,nõ malè dicitur eam rescindere. Quomodo & alienationẽ prędiorũ minoris sine decreto factã cõtra orationẽ Diui Seueri,dicimus rescindi nõ solùm autoritate illius orationis & senatuscõsulti quod ad eam orationẽ factũ est,sed etiã per sentẽtiã præsidis

L. semper 23. qui & à quib. manu.

Rescindi libertatem facilius est, quàm reuocari.

Aliud est rescindi libertatẽ, Aliud adimi.

L. si seruus 50. D. de fideic. libert. L. vnic. D. de adempt. libert. l. si ita scriptum 13. §. regula de libert. & posthum.

L. etsi is 9. C. de præd. minor.

l. etsi is 9. C. de præd. minor. quãuis sit ipso iure nulla, quia ipso iure valeret tãquã à domino facta si per senatusconsultum non impediretur. Sentẽtia enim prę́sidis nihil nisi executio aut potiùs viua vox senatusconsulti est, Vt de iure prętorio dicimus esse id viuã vocem iuris ciuilis *l. nã & ipsum* 8. *D. de iust. & iur.* Itaq; cùm dicimus rescindi libertatẽ, minùs propriè loquimur, pro eo quod est, rescindi manumissionem. Ipsa nãq; manumissio facti est, Ius autem quod ex eo facto nascitur, datio libertatis. Id verò duntaxat, quod facti est rescindi per legẽ potest, hoc est pro eo haberi vt pro non facto habeatur, non etiam, id quod est iuris. Occurrit enim lex manumissioni non vti ne fiat, quod facere lex nequit, sed ne iuris effectum illum habeat quẽ haberet si lex non esset impedimento, id est ne possit libertas cõpetere ex eiusmodi manumissione. In eámq; rem nimirum necesse est manumissionem ipsam per legem Æliã Sentiam rescindi viuo adhuc testatore, id est in ipso saltem vltimo instanti vitæ, quod & mortis instans est (quo demum instanti iã certa lex est & cõsilio & euẽtu fraudẽ creditoribus factam esse,) Ne alioqui serum sit eius legis auxilium, confirmata iam ex eo mortis instanti suprema defuncti hominis voluntate per legem duodecim tabularum quæ sicuti per legem Æliam Sentiam sublata non est, ita nec quominùs vires suas exerat, totúmque testamentum confirmet, impediri potest. Ex quo magis intelligimus legis Æliæ Sentię potestatem non in eo consistere, vt rescindat competentem libertatẽ, quia etiamsi nihil esset quod testamentariam manumissionem rescinderet, aut effectũ eius impediret, non priùs tamen ex ea competeret libertas, quàm testamẽtum ex lege 12. tab. confirmatum esset. Non ergo iam competentem libertatem impedit lex Ælia Sentia, sed competituram.

Lex Ælia Sẽtia non rescindit libertatem iam competentẽ, sed impedit competituram.

De differentia libertatis directæ & fideicommissariæ datæ in fraudem creditorum.

QVod autem diximus, non aliter impediri libertates in fraudem creditorũ datas, quàm si mens, & consilium fraudãdi cum fraudis effectu concurrat, ad libertates duntaxat directas pertinet, ad fideicõmissarias nõ item. Nã in his placet solum fraudis euentũ spectari, nec illud etiã requiri vt fraudandi animum habuerit manumissor *l. vlt. C. qui manu. nõ poss.* An quod lex Ælia Sentia in iis locum habeat, vt plerique putãt? Minimè. Potiùs enim ea res facere deberet, vt ex fideicõmisso data libertas, quamuis in creditorum fraudem defenderetur: cùm si tollas impedimentum legis Sentiæ nihil supersit quod obstare queat quominùs verè liber sit is qui manumissus est ex causa fideicõmissi tanquam à vero domino manumissus, tametsi fideicommissum ab eo iniunctum proponatur, cuius hereditas non sit soluendo. Et verò fuerunt generalia verba legis Æliæ Sentiæ ad omnes omnino libertates pertinentia, quęcunq; in fraudem creditorum datæ essent, siue inter viuos, siue in vltima voluntate, siue directò, siue per fideicommissum. Ex omni enim causa & omni casu creditoribus in hac parte lex Sentia prospexit *l. in fraudem* 27. *l. generaliter* 29. *& pass. D. qui & à quib. manu.* Quid ergo est? Aliter accepta lex fuit quod ad directas libertates, siue inter viuos, siue testamento datas, Aliter quod ad fideicommissarias: Nõ equidem quod ad hoc, vt magis minúsve hę quàm illæ valeant si in fraudem creditorum datæ probentur, sed vt in hoc ipso æstimando an in fraudem creditorum datæ sint necne, minùs fauorabilis

L. vl. C. qui manumitt. non poss.

L. in fraudẽ 27. l. generaliter 29. & pass. D. qui & à quib. manum.

inter-

interpretatio fiat pro fideicōmissariis quàm pro directis, propterea quod directę nō aliter in fraudem creditorū datę intelligātur quàm si fraudis cōsiliū pręcedat, fideicōmissarię verò contrà, si modò euentus fraudē habeat. Hoc ipsum verò cur ita? Suauis mehercule est Bartolus ne dicā ridiculus dum hîc subtilē agit in perquirēda dissimilitudinis ratione. Ait enim, Ex eo quod supponitur fraus in directa libertate, cōiecturamus, inquit, incōtinenti fraudem cùm habeat paratā executionem, sed quia nemo dolosus prima facie pręsumittur, ideò duo requiruntur. At in fideicōmissaria, suspenditur eo quod datur, & rogatur de vno in aliū, Et ideò cùm in illo suspenso seu interuallo res dicatur quodāmodo stare in aere, non coniecturat lex nec ex isto nec ex illo fraudem, sufficitq; solus euentus. Quibus verbis quid sibi velit ille planè non intelligo. Nec enim directa libertas si testamento data sit, paratā habet executionem, cùm nō priùs cōpetat quàm testamentum per legē 12. tab. confirmatum sit, quod iā sępius diximus non fieri nisi mortuo testatore. Interim igitur libertatem in suspenso manere necesse est in id saltē vsq; tēpus quo testator decesserit. Vnde etiā fit vt si testamenti tēpore fuerit non soluendo is qui libertatem dedit, locupletior verò & soluendo factus decesserit cōpetat libertas, quia fraudandi consilio euentus non responderit, Cùm tamen si ea manumissio testamentaria paratam haberet executionem, vtique per legem Æliā Sentiā impediretur. Deinde quid obsecro illud est quod ait Bart. libertatem fideicōmissariā quādiu pręstita non est, stare quodāmodo in aere? Aut quid potest ea res habere cōmune cū hoc de quo quærimus, Cur in fideicōmissariis libertatibus solus euentus spectetur? Dicēdū igitur est libertates fideicōmissarias esse minùs fauorabiles quàm directas, quia neq; liberā habent voluntatem heredis manumittentis, neque iustā testatoris qui iussit manumitti. Non habent liberam heredis voluntatem, quia iussu testatoris & coactus magis quàm sponte censetur manumittere, qui manumittit ex causa fideicommissi *l. si quis hac lege 13. § 1. in fin.* D. *de oper. liber.* Vnde fit vt nec nisi in quibusdā patroni iure & nomine censeatur *l. nequaquam 24.* D. *de excus. tut l. qui ex causa 29. De bon. libert.* Rursum non habēt fideicommissariæ libertates iustā testatoris voluntatē, quia lex 12. tab. quæ sola cōfirmat supremas omnes defunctorum voluntates, de directis tātùm libertatibus locuta est, de fideicōmissariis verò nullomodo non magis quàm de cęteris fideicommissis, quorum nec vsus, nec vigor vllus fuit, at ne quidem cognitum eorū nomen ante tempora Augusti, inductúmq; vsum codicillorū, vt dicemus ad *tit.* De *codicil. infr.* Nā vt hoc obiter moneamus, etiamsi maximè fideicōmissa iā tùm in vsu fuissent cùm promulgatę sunt leges 12. tab. fieri tamen non potuit vt lege 12. tab. confirmarentur, quia cùm lex non possit confirmare defuncti hominis voluntatē nisi talem qualis est, alioqui confirmatio dicenda non esset, sed reformatio, eueniret necessariò, vt quēadmodū testator non imperauit heredi cuius fidei cōmisit, vt seruum manumitteret, sed eum duntaxat rogauit, sic à lege nō iuberi pręcisè & imperari, sed tātùm rogari heredē oporteret: quod tamē omnino alienū esset à maiestate legis, cuius virtus in eo consistit, vt iubeat, vel vetet, vel puniat, nō in eo etiā vt roget *l. legis virtus 7.* D. *de legib.* Rogare nāque eius est qui imperare vel non audeat vel non possit, quorū neutrum legi vlli conuenit. Sed & ob hanc ipsam causam indignus videtur is qui fideicommissum relinquit, vt eius voluntatem lex adiuuet & cōfirmet, cùm aspernatus ille sit beneficium legis in eo quod heredis sui fidei maluit com-

Libertates fideicommissariæ minus fauorabiles quàm directæ, Et quare.

L. si quis hac lege 13. §. 1. D. de oper. libert.

l. nequaquā 24. D. de excus. tutor. l. qui ex causa 29. D. de bon. libert.

Cur fideicōmissa nec sint nec vnquam fuerint legitima.

L. legis virtus 7. D. de legib.

mittere id, quod vt fieret precisè pro suo iure poterat si maluisset imperare. Non igitur iusta dici potest voluntas testatoris qui cùm directā libertatem dare posset maluit dare fideicommissariā non quòd ea voluntas æqua nō sit, sed quia iuris auxilio munita non est & confirmata. Proinde nulla causa est cur non impediri debeat omnimodo fideicommissaria libertas per legem Æliam Sentiam, si futurum sit vt ex eius præstatione creditores fraudentur. Nec debuerunt legis Ælię verba quæ fuerunt generalia, donari hac parte eadem interpretatione qua donantur cùm de directis libertatibus agitur, siue inter viuos, siue testamento datis, vt nimirum fraudis quoque consilium exigatur, cùm sit æquissimum fauorabiliorem causam esse creditorum, siue onerosam, siue etiam lucratiuam causam habeant, quique ex huiusmodi manumissione damnum paterentur, quàm huius libertatis fideicommissarię quæ nec iusta testatoris, nec libera heredis voluntate nitatur. Si testamento libertas directò data esset, non tam facilè prohibenda & impedienda esset, quippe quæ iusto testatoris iudicio relicta, legis auxilium & cōfirmationem vtique mereretur. Si inter viuos à domino vltro pręstita proponeretur, puta ab hoc ipso herede quem ponimus rogatū vt manumitteret, dubitandum etiam non esset, quin valeret, nec per legem Æliā impediretur, quia præstita esset ex libera veri domini voluntate, tametsi reuera fraudarentur creditores dum ne fraudandi consilium vllum præcessisset. At in fideicommissaria libertate omnia vt diximus sunt diuersa, Ita vt non solum cæterorum creditorum potior causa esse debeat, quàm huius serui ex fideicommisso manumissi, sed eorum etiam quibus aliquid ex fideicommissi causa debeatur, vt scriptum est in *d.l.27.qui & à quib.manum.* Ex causa, inquam, fideicommissi ab eo ipso debiti qui libertatem fideicommissariam dedit: Sic enim is locus accipiendus est non de fideicommisso quod ille ipse reliquerit : cùm fideicommissarius nunquam dici possit creditor sui testatoris.

d.l. in fraudem 27. D. qui & à quib. manu.

Casus in quo melior est condicio libertatis fideicommissariæ quàm directa.

L. Papinianus 8.§.vlt. D.de inoffic. testam.cum l.seq.

ILlud obstare superioribus videtur, quod fideicommissariarum libertatum melior interdum condicio est quàm directarum, vt in specie *l.Papinianus 8.§.vlt.cum l.seq.D.de inoff.testam.vbi scriptum est,* Siquidem testamentum inofficiosum dici cœptum est quinquennium ex magna & iusta causa, non esse reuocandas libertates quæ vel competierunt, vel præstitæ sunt, sed viginti aureos à singulis pręstandos victori, Sed si intra quiquēnium filius egerit libertates quidem directas non competere, verumtamen filium libertates fideicommissarias præstaturum, scilicet viginti aureis & hoc casu à singulis præstandis. Sed responderi potest casum hunc specialem quandam habere rationem, quia fauor libertatis facere non potest, vt competant libertates ex eo testamento, quod per querelam inofficiosi testamenti ruptum & rescissum fuit, At fideicommissaria libertas non ex testamento ipso competit, sed ex facto heredis qui manumittit. Itaque nihil vetat liberum fieri eum qui manumissus sit ab herede licèt ex causa fideicommissi in eo testamento relicti quod per querelam ruptum fuerit & rescissum. De quo tamen, déque tota illius loci sententia videnda sunt quę scripsimus alibi: præsertim verò in Rationalibus.

ILLA-

ILLATIO II.

De minore 20. annis prohibito manumittere nisi causa cognita.

SEcundò ex eodem Principio fit, vt eadem lege Ælia Sentia necesse fuerit prohiberi minorem annis viginti ne seruum suum manumittere posset nisi causa cognita & apud consilium adprobata *l.1.D. de manum.l.si minor 11.& seqq.D.de manum.vindict.* Nã si lex non prohiberet, vtique manumissio valeret tanquã à domino facta quãuis à minore. Etsi enim manumissio alienatio quædã est *l.obligari 9.§.1.De autor.tutor.* non tamẽ minori probibita est alienatio rerum suarum pręterquàm immobilium idque per orationem Seueri de qua in *l.1.& tot.tit.De reb.eor.qui sub tutel.D.& De præd.minor.C.* in quo immobiliũ genere serui nõ cõtinentur, sed in genere mobiliũ *l.3.§.Nerua filius De acquir.poss.* Sed & oratio Seueri De nõ alienãdis prędiis minorũ posterior fuit lege Sẽtia. Ideóq; fuit omnino necessaria lex Ælia Sẽtia ad impediendã serui à minore manumissi libertatẽ. Cur autẽ libertas hęc impediri debuerit, ratio illa fuit, quòd res tãti momẽti quãti libertas est, non nisi certo animi iudicio dari debeat, vel ob hoc ipsum quod semel data reuocari nunquã potest, neque prætextu ætatis, neque alio quolibet vllo colore *l.si ex causa 9.§.vlt.D.de minor.& tot.tit.* C.*si aduers.libert.* Satísq; libertati in hoc indultum est quod etiã minori annis 25. dummodo maiori 20. permissum est dare libertatem sine spe restitutionis, cùm ex cæteris bonis suis nihil administrare possit ante 25. quin si lęsus sit paratũ habeat auxilium restitutionis. *Tot.tit. De minor.D.& De in integr.restit.minor C.* Sed & cùm præcipua vis patrimonij consistat in seruis propter infinita cõmoda quæ dominis per seruos iure potestatis acquiruntur, non facilè fuit permittendum minori, vt ex hac parte patrimonium suum diminueret sine causa, quãdiu saltem vicesimum annum non impleuisset, quãdoquidem experiẽtia quotidiana compertum est, quàm sit debile & infirmum hominis cuiusque iudicium ante eam ętatem, præsertim ad agenda illa, quæ maioris ponderis & momenti esse videantur. Non enim ex luxuria, quæ in ea potissimum ætate maximè dominatur, neque ex deliciis quibus adolescentia studere solet, sed ex iustis adfectionibus danna est libertas *l.illud 16.D.de manum.vindict.*

L.1. D. de manumiss.l. si minor. 11. & seqq. D. de manum. vindict.

Seruus in numero mobilium.

L.si ex causa 9.§.vl.D. de minor.& tit. C.si aduers. libert.

L. illud 16. D.de manu. vindict.

ILLATIO III.

De neganda minori aduersus datam libertatem restitutione.

TErtiò ex eodem Principio fit, vt libertas siue à maiore annis viginti, siue à minore quidem data, sed post iustã manumissionis causam apud consilium probatã reuocari nũquã possit, neque auxilio restitutionis in integrũ & beneficio ętatis, neque ob id quod manumissionis causam probatã posteà falsam fuisse appareat *d.l.si ex causa 9.§.fin.D.de minor.l.iusta 9.§.1.D.de man. vindict.* vbi additur idem esse non solùm si causa quæ probata est iusta fuerit, sed falsa, verũetiã si iniusta, dummodo semel fuerit recepta. Id enim est quod lex ait *qualiscũq; causa probata sit & recepta.* Nã siue iusta manumissionis causa sit siue iniusta, & siue vera, siue falsa, fauor libertatis facit vt sufficiat & probatã esse & receptã, ad hoc vt ex eiusmodi manumissione libertas competat, semel autẽ cõpetẽs nunquã reuocetur. Et vt ibidẽ subiungit Marcianus, causę

L.iusta 9.§. 1.D.de manu. vindict.

probationi contradicendum, non etiam causa iam probata retractanda est *§. semel autem hoc tit.* De iustis verò causis manumissionis tractatur in *d.l.9. 11. & seqq. De man.vind.* Denique ex eodem Principio alia multa fiunt, quæ nos iam cumulauimus ad *dict. Princip. 2. illat. 2. sup. De iur. person.* & quę hîc repetere nil est necesse.

Casus in quo videtur reuocari libertas qua competere credebatur.

l. Papinianus 8. §. vlt. cum l. seq. D. de inoffi. testam.

CONtra hoc Principium pugnare videtur quod diximus ex *d.l. Papinianus 8. vlt. & l. seq. D de inoff. test.* libertates eo testamento datas quod inofficiosum posteà pronunciatũ fuerit, reuocandas esse si modo intra quinquenniũ actũ sit de inofficioso. Sed obseruandũ est, nõ sic nos locutos fuisse, nec sic loqui Modestinum in *d. l.9.* sed hoc casu libertates directas nõ competere. Nã si semel competiissent, proculdubio reuocari nunquã possent. Illud tamen non abs re mirari quis possit, Cur non competãt, cùm inofficiosi testamenti querela non detur nisi cõtra heredem, id est post aditã hereditatẽ *d.l. Papinianus §. si condicioni.* Ab adita autem hereditate cedat dies libertatis *d.l. vnic. §. libertatibus C. de caduc. tol.* & quidem vtiliter, siquidem nec adiri potest hereditas nisi ex eo testamento quod ipso iure valeat, queadmodũ nec per inofficiosi querelã, aut alio modo rescindi potest testamentum, nisi quod ipso iure tenet. Verùm dicendum est non posse competere libertates ex eo testamento quod inofficiosum pronunciatum est, quia per inofficiosi querelã rescinditur testamentũ hoc colore quasi non sanę mẽtis fuerit testator cùm testamentum ordinauit *l.2. D. de inoff. test.* Nec proinde quicquam valere potest quod eo testamento datum sit, adeò, vt nec ab intestato repeti possit, tanquam datum à demente *l. Titia 13. in fin. l. cùm mater 28. eod. tit.* Itaque ad rem non facit, quod ex eo testamento hereditas iam adita proponatur. Aditio enim fit irrita rupto rescissóque testamento, & exitum intestati facit paterfamilias ex postfacto saltem pro ea parte pro qua de inofficioso actum & obtentum est *l. mater decedens 19. l. circa 24. eod.*

l. 2. l. Titia 13. in fin. l. cùm mater 28. eod. l. mater decedẽs 19. & l. circa 24. eod.

PRINCIPIVM II.

De fraude quam lex Ælia Sentia requirit ad impediendam libertatem.

LEx Ælia Sentia impedit libertatem ab eo datam qui soluendo non est, si fraus non tantùm euentu sed etiam cõsilio & proposito facta sit, præterquàm si de fideicommissaria libertate agatur, in qua placuit solum euentum spectandum esse, *l. in fraudem 10. D. qui & à quib. manum. l. vlt. C. qui manu. non poss.* Quę omnia quam sententiam & rationem habeant iam satis explicauimus Princip. præcedente.

l. in fraudẽ 10. D. qui & à quib. manum. l. vlt. C. qui manum. non poss.

ILLATIO I.

De libertate ob inopiam testatoris impedienda licèt heres sit locuples.

EX hoc Principio illud primùm fit quod Iulianus scribit in *l. cùm hereditas 5. in Princip. qui & à quib. manum.* cùm hereditas soluendo non est, libertatẽ nõ eo magis ex testamento cõpetere posse, quod heres locuples existat, *l. si locuplès 57. D. de manu. test. l.5. C. eo.* Non solũ quia lex Ælia Sentia generaliter locuta est, non adhibita ea distinctione, An inopi debitori eidémq; manumisso-

l. cùm hereditas 5. in princ. qui & à quib. manum. l. si locuples 57. D. de manum. test. l.5. C. eo.

numissori locuples heres extiterit,necne,ob idq;generaliter etiã intelligẽda est vulg. *l. de precio* 8.D. *de public. in rem act.l.1.§.pen.D.de aleator.* Sed etiam, quia nesciri potest an locuples heres extiturus sit necne,nisi agnita demũ hereditate,cùm dãnosam hereditatẽ adire nemo compellatur *l.nec emere 16*.C. *de iur.delib.*imò nec opulentã *l. 4. D.ad SC.Treb.l.si in testamento 22.in fi.*D.*si quis omis.cau.test.*Interim autẽ id est adhuc incerto eo,& ex ipso instanti quo hereditas per legem 12.tab.constituitur,hoc est quo paterfamilias defunctus est,lex Ælia Sentia vires suas exerit & impedit libertatẽ,ne per 12.tab. legem hac parte cõfirmari testamentũ possit,quod tamẽ confirmatũ esse necesse est priusquàm ex eo hereditas acquiratur,siquidem acquiri nõ potest, nisi quæ priùs fuerit delata *l.delata* 151. *De ver.signif.* nec rursus deferri nisi per legem siue ex testamẽto,siue ab intestato *l.lege obuenire* 130.*eo.*nec deniq;deferri per legẽ ex testamento priusquàm ea ipsa lex confirmauerit testamentũ.Inde igitur fieri necesse est,vt hereditatis agnitio quãdocunq; secuta per quã factũ sit, vt egeno debitori locuples heres nũc existat,facere tamen nõ possit vt conualescat libertas quę iã semel rescissa & impedita fuit. Non enim huiusmodi legis Ælię Sẽtiæ impedimẽtũ tale est,quale hominis vt plurimùm esse solet,hoc est,vt dũtaxat libertatẽ suspendat & remoretur,sed tale vt omnino impediat ne vnquã ea libertas competere possit,id est,vt ab initio eã rescindat.Quæ autem semel rescissa est, quomodo redintegrari ex postfacto potest?Quare ad rem non pertinebit si quis obiiciat,non aliter legi Ælię Sentię locum esse quàm si non tantùm consilio,sed etiã effectu ipso fraus creditoribus facta sit, fraudem autem in effectu nullam esse, cùm heres locuples est, cùm nihil intersit creditorũ an ex defuncti debitoris sui bonis, an ex heredis patrimonio suum consequantur, postquàm per hereditatis aditionem confusa sunt bona,& hereditas defuncti cõuersa in patrimoniũ heredis,obligato exinde herede ad omne æs alienum quod defuncti fuit *l. vlt.* D.*si pars hered.pet.l.more* 8.D.*de acq.hered.l.3.§.si is qui De Carbon.edict.* Nã respõdeo, Vt fraus creditoribus nõ tãtùm consilio,sed etiã effectu,& euentu facta esse intelligatur,sufficere quod hereditas soluendo non sit eo tẽpore,quo aditur, *l.si mortis* 18.*D.qui & quib.manum.*atque ita ex eo instanti legem Æliam Sentiam rescindere libertatem,non expectato quod adita sit hereditas,factáque confusio bonorũ,vt iã dictum est.Minùs verò obstat si quis dicat, soluendo esse hereditatem quęcunque inueniat heredem *l.libertus qui soluendo* 36. D. *de bon.libert.l.qua dotis* 33.*De solut.matr.*sicut & quę inuenit emptorem *l.3.in prin.D.ad leg.falci.*Id enim eò pertinet,vt perinde teneatur heres de suo soluere creditoribus hereditariis acsi locupletissimam hereditatẽ nactus esset, At non etiam,vt eo minùs sit locus legi Æliæ Sentiæ, quę scilicet expectare nõ potest,vt hereditas quã certũ est nõ esse soluẽdo ante aditionẽ,fiat soluendo per aditionẽ,quia legis virt⁹& potestas in suspẽso manere nequit,sed quo primùm instanti potest operatur, Vbi verò semel operata est, multo minùs fieri queat vt quod fecit,vel irritũ faciat, vel irritũ vllomodo fieri patiatur.

L. si mortis 18.D.qui & à quib.manum.
L. libertus qui soluẽdo 36.D.de bõ. libert.l. qua dotis 33. De solut. matr. l.3. D. ad leg. falcid.

ILLATIO II.

De libertate data citra fraudandi consilium ab eo tamen qui non erat soluendo.

SEcundò ex eodem Principio fit,quod sequitur apud Iulianum in *d.l.cùm hereditas*, Si is qui soluendo non erat, hoc modo libertatem dederit *Si creditoribus meis solidum solutum fuerit, Stichus liber esto*, valere

L. cùm hereditas, & d. l.si locup es.

dationem libertatis, quia non possit videri testator hic fraudandorum creditorum suorum animum & consilium habuisse. Quod & Caius confirmat in *d.l.si locuples* 57.D.*de manu.test.* vbi addit hunc qui sub condicione supradicta seruũ suũ liberum esse iubet vsque adeò sine fraudis cõsilio libertatem dare videri, vt è contrario apertissimè curet ne creditores sui fraudẽtur. In quo tamen mirum illud est quod idem Caius refert Iulianum in contraria fuisse sententia, & existimasse ne eum quidem libertatem consecuturum quem is qui soluendo non esset, ita liberum esse iussisset *Cùm æs alienum solutum erit, Stichus liber esto.* Nisi quis dicat Iulianum in *d.l.cùm hereditas* hoc tãtùm scripsisse & admisisse quod certè verissimum est testatorem qui eam libertati condicionem adscripserit, nihil in fraudem creditorum fecisse videri, Sed nõ ideo statim consequens esse, vt putauerit valere libertatem. Potuit enim Iulianus credere nec omnino improbabiliter, inutilem eam esse, at alia ratione. Illa, vt puto, quòd testator qui sciens se soluendo nõ esse, libertatẽ dat sub hac condicione (nam in eo qui se soluendo esse putasset dubitationem res nõ haberet, ne quidem purè data libertate) non videatur animum habere dandę libertatis, Sicuti de eo dicere idem Iulianus solebat, cui libertas data quidem esset, at collata in tam longum tempus, vt tunc viuere manumissus non posset, Aut si tã difficilem ac penè impossibilem condicionem testator adscripsisset, vt aliunde obtingere libertas non posset, puta si heredi millies dedisset *l.4.§.1.D.de statulib.* Aut si Stichum, cùm is moreretur, liberum esse iussisset *l.vlt.D.de manum.testam.* vbi Pomponius ex eodem Iuliano scribit libertatem quæ in vltimum vitæ tempus collata sit ideo nullius momenti esse quòd testator impediendę magis quàm dandę libertatis gratia ita scripsisse intelligatur. Adeò vt etiamsi ita scriptum sit *Stichus si in Capitolium non ascenderit liber esto*, perinde tamen inutiliter datam esse libertatem Iulianus putauerit, non quidem absolutè, sed ita demum si appareat, quòd testator in vltimum vitæ tempus libertatem conferre, nec Mucianæ cautioni interim locum esse voluerit. Alioqui cùm huiusmodi condiciones positæ in non faciẽdo quæ per rerum naturã non nisi vltimo vitæ momento impleri possunt, admittant remedium Mucianæ cautionis, vt pro statim impletis habeantur *l.4.§.1.D.de condict.instit.l.cùm tale 72.in princip.& §.1.De condict.& demonst.* posset hæc condicio viuo Sticho & ante mortem impleri commodè si testatoris voluntas nõ obstaret. Similiter igitur posset quis pro Iuliano dicere animum dandæ libertatis nullum esse, in eo, qui sciens se non esse soluẽdo, nõ aliter tamen Stichum liberum esse iubet quàm sub ea condicione si æs alienum fuerit exsolutum. Quomodo enim exsolui potest, cùm hereditas non est soluendo? Dices pro Caio, posse fieri, vt exsoluatur per heredem qui locuples futurus sit. Et sanè ita necessariò supponendum est totum æs exsolutum fuisse ab herede, vt libertas ista competat, non quidem ad excludendam legis potestatem quæ hoc ipso satis exclusa est, quod testator fraudandi animum non habuit, sed ad implendam condicionem, quæ si non impleatur, libertatem sub ea datam competere impossibile est. Sublato enim obstaculo legis, potestate condicionis, superest ipsius condicionis obstaculum, quòd non priùs remoueri potest quàm condicio fuerit impleta. Verũ adhuc respõdere pro Iuliano possum, quod Caius admittit in *d.l.*si locuples ad rem nullo modo pertinere an locuples an egẽs heres existat, sed quarũ facultatũ testator

L.4.§.1. D. de statulib. L.vl. D. de manu. test.

Iuliani & Cay dissensio.

testator decesserit. Qua potissimùm ratione motũ fuisse Iulianũ innuit non obscurè Caius, cùm statim post illa verba subiicit, *Quã sententiam Iulianus adeò sequitur &c.* Etsi nõ inuitus eo in Caij sententiã, cùm ob fauorẽ libertatis, tùm ob id etiã maximè quod cessãte lege Ælia Sẽtia in eo testatore quẽ cõstet fraudãdi animũ nõ habuisse, nihil vetet manere in suspẽso libertatẽ datã sub codicione quã diu cõdicio, neq; impleta, neq; defecta est: sicut eueniret alia quali bet adscripta condicione, ac proinde nihil causæ est, cur exsoluto quãdocũque per heredẽ vniuerso ære alieno, atq; ita condicione impleta libertas non cõpetat, quæ per legẽ Æliã Sentiã impedita & rescissa nunquã fuit. Ad illã verò rationem quam pro Iuliano attulimus, dicendũ est, nõ solere inspici quisnã heres sit, egénsve an locuples cùm de eo solo quæritur, An lex Ælia Sentia locũ habeat necne, sed aliud esse cùm de cõdicionis adscriptæ implemento disputatur: quia non sicut lex Ælia Sentia, ita & libertatis condicio factũ heredis expectare nequit. Siquidem condicionis propriũ est, vt non modò dispositionẽ cui adiecta est, sed & seipsam teneat in suspenso. Cæterùm ex supradicto Caij loco, apparet manifestè, ni fallor, Tribonianum, cui probabilior Caij sentẽtia visa est, Iuliani textũ in *d. l. cùm hereditas* interpolasse, cúmque scripsisset ille. *Si is qui soluendo non est hoc modo libertatem dederit, Si creditoribus meis solidum solutũ fuerit, Stichus liber esto, nõ posse quidem videri fraudandorum creditorum gratia liberum esse iußisse, sed tamen nõ eo magis libertatem valere*, aut quid aliud simile, sustulit Tribonianus, id in quo Iulianus à cæteris dissentiebat, reliquit duntaxat id in quo consentiebat. Nam & Triboniani manum illud prodit, quod homo non minùs malè in grammatica latina quàm in iurisprudentia nostra versatus, pluralem numerum suo more pro singulari vsurpans scripsit *liberos esse iußisse* quasi de pluribus locutus esset Iulianus, qui tamen de vno Sticho egerat. *Tribonianus.*

ILLATIO III.

De eo qui liber esse iussus est si heredi dederit, quanti seruus ipse est.

TErtiò ex eodẽ Principio fit quod Paulus scribit in *d. l. si mortis* 18. §. 1. *qui & à quib. manu.* Si is cui libertas relicta est iussus sit heredi dare tantum quanti est & liber esse, dubitari quidẽ posse an adhuc fraus sit creditorũ, quia heres mortis causa eã pecuniã accepturus est, An verò nulla sit fraus, saltẽ si alius pro eo det, vel ipse aliunde quàm de peculio: Sed tamẽ si heres locuples nõ proficit ad libertatem, nec eum qui pecuniam dat prodesse posse. Vtrunque enim ex eadem illa ratione nascitur, quod lex Ælia Sẽtia rescindit libertatẽ statim atque reperit, & consilio, & euentu fraudatos esse creditores, nec expectat, aut expectare potest, id tempus quo heres iã adierit hereditatẽ, aut quo soluetur heredi pecunia, siue ex peculio, siue ab alio quàm à seruo cui libertas data est, & ipsius nomine. Quanquã illa etiam ratio libertati nocet, ne possit ex postfacto conualescere, & redintegrari: quod, vt Paulus ait, pecunia illa quæ condicionis implendæ causa heredi datur, siue à seruo ipso, siue ab alio non tam testamẽti iure & ex iudicio testatoris, quàm mortis causa & ex solius dantis voluntate capi intelligitur *l. Mæuius* 55. *D. de cond. & demonst. l. qui precio* 8. *l. inter mortis* 38. *D. de mort. caus. donat.* quia scilicet non imperauit testator, neque verò imperare potuit, vt eam pecuniã seruus daret, sed in eius arbitrio reliquit, an condicionis explendæ causã dare, an verò cõdicione deficí mallet. Nõ enim iure testamenti, aut ex testatoris iudicio relictum videri potest, nisi quod imperatiuis verbis legis modo relictum est, si quidẽ lex *L. si mortis 18. §. 1. qui & à quib. manum.*

duodecim tabularum eam demum hominis defúcti supremam voluntatẽ cõfirmat, per quam quis legassit, vt habent ipsa legis verba *l. verbis legis* 120. *De ver. signif.* id est legis modo & exemplo disposuerit, & consequenter imperatiuè *d. l. legis virtus* 7. *D de legib.* Vnde est quod Vlp. in fragmen. legatũ definit generaliter omne id quod legis modo imperatiuè relinquitur, Et ob id quoque adiecit lex verba illa *suæ rei*, aut vt alij ponũt *super re sua*, quoniam de sua tantùm re non etiam de aliena imperare quilibet potest, & debet *l. conficiuntur* 8. *§. si post factum D. de iur. codic.* Itaque quod heres pro libertate seruo data capit implendę condicionis gratia, facere non potest quominùs in fraudem creditorum ea libertas data intelligatur, verúmque semper sit hereditatem soluendo non esse.

L. verbis legis 120. De verb. signif.

ILLATIO IV.

De eo qui per legem Sentiam prohibetur manumitti quamuis possit solui.

QVartò ex eodẽ Principio fit, quod addit Iulianus in *d. l. cùm hereditas* 5. *§. si Titius eo. tit. qui & à quib. manu.* Si Titius nihil amplius in bonis quàm Stichum & Pamphilum habeat, cósque promiserit Męuio ita stipulanti *Stichũ aut Pamphilũ dare spondes*, deinde cùm aliũ creditorẽ nõ haberet Stichũ manumiserit, libertatẽ per legem Æliã Sẽtiã rescindi. Quãuis enim fuit in Titij potestate, inquit, vt Pãphilũ daret, tamẽ quãdiu eũ non dederit, quia interim mori possit, nõ sine fraude stipulatoris Stichũ manumisit. Diuersũ esset, vt ibidẽ subiũgitur, si solũ Pãphilũ dari promisisset. Tunc enim dubitandũ non esset quin manumissus Stichus ad libertatem perueniret, quamuis similiter Pãphilus mori possit. Multum nãque interest an ipsa stipulatione contineatur is qui manumittitur, an extra obligationẽ sit. Nã & qui ob aureos quinque Stichum & Pãphilum pignori dederit, cùm vterque eorum quinûm aureorum sit, neuter manumitti potest, quia verum est vtrũque esse in pignoris obligatione, seruũ autem specialiter pignori obligatum manumitti nullomodo posse, etiãsi debitor sit locuples & soluendo *l. 3. D. de manum.* At si Stichum solum pignori dedisset, Pamphilum in fraudem creditoris manumittere non videretur. Argumentatur Iulianus à seruo promisso per stipulationem ad seruũ pignori obligatum, & ab obligatione in qua Stichus & Pãphilus coniunctim ambo positi sint, ad obligationẽ in qua iidem ambo positi sint alternatiuè, nẽpe quia inter hos casus nihil interest quod ad hoc, vt in creditoris fraudem manumissus videatur is qui fuit in obligatione, Nisi quòd apertior res est eo casu quo ambo positi sunt cõiunctim in obligatione pignoris. Nã & cũ quis Stichũ aut Pãphilũ promisit perinde vterq; est in obligatione licèt nõ nisi alternatiua *l. 2. §. Scæuola de eo quod cert. loc. l. si in emptione* 34. *§. pẽ. de cõt. empt. l. Stichũ* 95. *D. de solut.* Rectè autem subiicitur ex Scęuola in *l. seq.* Iulianũ de eo loqui, qui in substãtia nihil aliud nisi Stichũ & Pamphilũ habeat. Nã si habeat, inquit Scæuola, quare nõ dicetur vnũ posse manumitti? Siquidẽ eo casu & vno mortuo soluẽdo est, & vno manumisso soluendo est. Atqui, dicat aliquis, sicut ex duobus seruis vnus mori potest, ita & ex tribus duo. Sed aduentitius ille casus est, id est ad obligationis constitutæ formam & causam nil pertinẽs, ideóque non est computandus, hoc est, nulla eius ratio haberi debet, ne alioqui paullatim dici incipiat, Etiam ei qui vnum duntaxat eúmque certum ex seruis suis promiserit, neminem manumittere licere.

L. cùm hereditas 5. §. si Titius qui & à quib. manumiss.

L. 3. D. de manumiss. L. 6. D. qui & à quib. manum.

ILLA-

ILLATIO V.

De libertate data codicillis in fraudem, ab eo qui testamenti tempore soluendo erat.

QVintò ex eodem Principio fit quod idẽ Iulianus tractat in *l. si quis 7. eod. tit. qui & à quib. manu* Si quis integris facultatibus codicillos confirmauerit per testamentum, deinde cùm consilium fraudandorum creditorum cepisset, codicillis libertates dederit, obtineri nõ posse quominus lege libertates interpellentur. Etsi enim codicillorum testamento confirmatorũ singulare ius est, vt quæcunque in his scribuntur perinde habeantur acsi in testamento scripta essent *l. 2. §. codicillorum D. de iur. codicill.* tamen in ęstimando testatoris cõsilio fraudulento non illud tempus obseruandum est, quo confirmãtur codicilli, id est quo testamentum fit, sed illud quo libertas codicillis datur: quia lex Ælia Sẽtia de libertatibus in fraudem creditorum datis locuta ipsius dationis tempus demõstrauit *arg. l. liberorum 11. §. 1. D. de his qui notant. infam. l. 4. §. si extraneus D. de noxal. act.* Verum autem est libertates codicillis datas non eo tempore datas esse quo testamentum factum, eóque codicilli confirmati sunt, sed eo demum quo facti sunt codicilli. Vnde illud etiam fit, vt si post testamentum factum mortuo codicillis quis legauerit, quamuis testamento confirmatis, pro non scripto legatum sit, perinde acsi iam testamenti tempore mortuus legatarius fuisset *l. Diui 6. §. vlt. D. de iu. codicil.* Nimirum quia quod non in testamento, sed in codicillis datum est, non alio, quàm codicillorum tempore datum videri potest.

L. si quis 7. eod. tit.

L. Diui 6. §. vlt. D. de iur. codicill.

ILLATIO VI.

De libertatibus à debitore condicionali datis in fraudem creditorum.

SExtò ex eodẽ Principio fit quod Africanus ait in *l. cùm is 18. eod. tit. qui & à quib. manum.* legem Æliã Sentiam locum habere tùm etiam cùm is qui sub condicione debet, manumittit fraudandorum creditorum caussa. Sic enim proculdubio apud Africanũ legendũ est non vt vulgo *fideicõmissi causa*, vt eleganter & verè iãpridẽ obseruauit Iacob. Cuiac. *lib. 4. obs. cap. 31. & tract. 3. ad Afric.* tã ex Basilicis, quàm ex Paulo in *l. si cùm 16. eod. tit. §. ne quis.* Vbi Paulus scribit, Quod attinet ad legem Æliam Sentiam qua cauetur ne quis creditorum fraudandorum causa seruum manumittat, creditores eos intelligi quibus ex quacunque causa competat actio cum fraudatore, ac proinde, siue purè debitum ei fuerit, siue sub cõdicione. Quod apertiùs exprimit Hermo. in *l. in fraudẽ 27. eo.* vbi ait nihil hac parte interesse an dies soluẽdę pecunię iam cesserit, an verò in diem, vel sub condicione debeatur. Omnes enim æquè sunt creditores *l. creditores 10. cum seqq. l. condicionales 54. & seq. De verb. signific.* Solus excipitur condicionalis legatarius quem placuit pendente condicione creditorem non haberi, & in eo minùs iuris habere quàm creditorẽ cõdicionalẽ *l. is cui 42. D. de obli. & act.* propter eã dissimilitudinis rationẽ, quã attulimus *lib. 15. Coniect. cap. 7. & 8.* Extra hunc casum prospexit lex Ælia Sentia creditoribus omnibus & ex omni causa, etiam fideicommissario quãuis sit ille incognitus legibus & iuri ciuili, quãquã videtur hoc non tam ex verbis legis quàm ex prudẽtũ ad eã legem interpretatione profectum esse, vt innuunt postrema illa verba *l. 1. C. qui*

L. cùm is 18. qui & à quib. manu.

L. si cùm 16. §. ne quis eod. tit.

L. in fraudẽ 27. eod. tit. L. creditores 10. cũ seqq. De verb. signific.

L. is cui 42. De oblig. & act.

L. 1. C. qui manus non poss.

manum. non poss. Inter creditores autem etiam eos numerandos esse quibus fideicommissum debetur, olim placuit. Quod tamen obseruādum est de eo fideicommissario solo intelligi debere cui fideicommissum purè relictum sit, non de illo cui sub condicione. Non enim plus iuris habere potest fideicommissarius, quàm legatarius, Minus habere potest, vt ex eo apparet quòd de legatario cui purè legatū esset dubitatum nunquā fuit, quin propriè ad legem Æliā Sētiā pertineret, nec vlla in eā rem opus fuit prudentum interpretatione. Natus autē error est in *d.l. cùm is* ex notis quibus veteres librarij, vt breuiùs scriberent, vt solebant, cùm duabus illis literis F.C. contenti essent ad exprimendū *fraudandorum creditorum*: quibus tamē ęquè significari poterat dictio *fideicōmissi*. Nā & nos ferè similem errorem obseruauimus in *l. vbi purè 19. §. 1. D. ad SC. Trebell.* quo loco scriptum est *senatusconsulti* pro eo quod scribi debuit *fideicommissi*, ex adfinitate non vtriusque dictionis, sed notarū quibus vtraq; dictio significabatur *SC.* & *F.C.* Priores enim duę senatusconsultū significāt, posteriores fideicōmissum. Certè nemo possit verè dicere legē Æliā Sentiā habere locum ad impediendā libertatem eius, qui ex causa fideicōmissi manumissus fuit, tametsi multos creditores, siue puros, siue condicionales habuerit is qui fideicōmissariā pręstitit libertatem. Quomodo enim fraudādorum creditorum animum dici potest habuisse, qui id fecit quod vt faceret etiā à prætore cogi potuit? *l. quod autem 6. §. apud Labeonem D. quæ in fraud. credit. l. si is qui 55. De hered instit.* Aut quis ferat, vt fideicommissarię libertati vtiliter datę dānum aliquod inferatur ob heredis rogati creditores? *ar. l. 1. §. 1. & tot. tit. De separat.* Nec simile est quod dici solet, minorem annis viginti si fideicōmissariā libertatem præstare velit, non minùs causam manumissionis probare debere, quàm si directam daret *l. causam 10. §. non idem D. de manu.* Id enim ideo placuit, quia ipse manumissor est, nec nisi facto ipsius interueniente seruus hic ad libertatē peruenire potest, Vnde fit, vt aliud sit si minor viginti annis seruum manumittendi gratia acceperit, quia & sine manumissione seruus ille ad libertatem perueniret *d. l. causam in princ.* Item vt si cùm fideicōmissa libertas deberetur minor annis viginti seruum vendiderit, vt manumitteretur, nō magis impediatur alienatio quàm si emisset ipse hac lege, vt manumitteret *l. si cùm fideicommissa 16. in prin. D. qui & à quib. manu.* At cùm de libertate in fraudē creditorū data tractamus, nihil prodest aut nocet manumissionē esse vel nō esse, sed fraudem vel fecisse, vel nō fecisse. Fraudis autem suspicio nulla cadere potest in eum qui ex causa fideicommissi, id est coactus magis quàm sponte manumittit *arg. l. si quis hac 13. §. 1. in fin. De oper. libert. l. 5. §. si quis rogatus D. de donat. int. vir. & uxor.*

L. vbi purè 19. §. 1. D. ad SC. Trebell.

L. causam 10. §. non idem D. de manumiss. & in princ.

L. si cùm fideicōmissa 16. qui & à quib. manu.

ILLATIO VII.

De libertatibus datis à milite in fraudem creditorum.

SEptimò ex eodē Principio fit vt etiāsi miles iure militari testamento facto libertates dederit in fraudē creditorū, & nō soluēdo decesserit, impediātur libertates *d. l. cùm is 8. §. 1. qui & à quib. manu.* Nā cùm generalis sit definitio & determinatio legis Ælię Sentię, non minùs ad militum quàm ad paganorum testamenta pertinet *arg. l. in fraudem 15. §. vlt. D. de testam. milit.* vbi Vlp. ex Papiniano scribit bonorū possessionē vltra tempora edicto determinata nec militis posse agnosci, quia generalis est illa determinatio. Et in *ea. l. in fraudem in princip.* Idem Vlp. apertiùs scribit, In fraudem creditorum, nec militem

L. cùm is 8. §. 1. qui & à quib. manu. L. in fraudē 15. in princ. D. de test. milit.

militē ampliùs quàm vnū necessariū heredē facere posse. Ratio est, quia priuilegia militum sicut & aliarum personarum ad alienam iniuriam porrigi non oportet, vt idem Papin. ait in *l. impuberi* 40. D. *de administr. & peric. tutor.*

ILLATIO VIII.

De manumissis in fraudem ciuitatum.

OCtauò ex eodem Principio fit vt in fraudem ciuitatū manumissi ad libertatem peruenire non possint *l. in fraudem* 11. *D. qui & quib. manum.* vbi Marcianus scribit ita Senatum censuisse, Vt intelligamus non tā ex lege Ælia Sentia hoc fieri, quàm ex autoritate Senatusconsulti, ad exemplum & extensionē legis secuti. Sed cur nō ex lege Ælia? Quia lex de iis tātùm manumissionibus locuta est, quę in fraudē creditorū factę sint, quo nomine *creditorum* priuati magis quàm ciuitates significātur, quia & quod ciuitati debetur nulli ex vniuersitatis personis singulis debetur *l. sicut* 7. §. 1. *D. quod cuiusque vniuer. nomin.* vt proinde quod non nisi in ciuitatis fraudē factū est, in nullius fraudē factū dici possit. Nomina enim ista *ciuitatis, vniuersitatis, collegij*, & alia huiusmodi quę in abstracto proferuntur, sunt iuris nomina, & significāt rem intellectu magis & iure quàm corpore subsistentē *l. 1. & toto illo eo. tit. l. proponebatur* 76. *D. de iudic. l. hereditas* 50. *D. de petit. hered.* Ex quo fit vt plerūque constitui vel moneri necesse fuerit quid iuris obseruandū sit ratione ciuitatū & rerū publicarum, etiā in iis rebus de quibus quod ad priuatos certū ius esset ac exploratū, vt in *l. ciuitas* 27. *D. de reb. credit. l. si pignus* 8. *D. qui potior. in pign. hab. l. 3. C. de remiss. pign. l. 1. & tot. ti. C. de seru. reipub. manum. & tot. tit. De manu. quæ seruis ad vniuers. pertin. imponunt.* & aliis sexcentis locis. Videtur autē Marcianus intelligere fortassis Apronianū senatuscōsultum, cuius meminit Paulus in *l. omnibus* 26. *D. de ad SC. Treb.* quo subuētum est omnibus ciuitatibus sub imperio populi romani existentibus, In illo etiā inter cætera, vt iis quoque restitui hereditates fideicōmissariæ sicut personis singulis & possent & deberēt, Itē vt actiones in eas transferri ex Trebelliano possent. Quā in rem ideò necessaria fuit senatusconsulti Aproniani autoritas, quoniam Trebelliani verba fideicommissarij personam demonstrabant, Ciuitatis autem persona nulla est. Itaque quod in superioribus diximus & probauimus, manumissiones in fraudem creditorum factas non ipso iure ciuili, sed per legem Æliā Sentiam impediri, ostendit fuisse necessarium auxilium senatusconsulti manca legis potestate, simúlque docet qua æquitatis ratione senatusconsultum nitatur, Scilicet ea ipsa quæ & legi Æliæ Sentiæ ferendæ causam dedit.

L. in fraudē 11. D qui & à quib. manum.

L. omnibus 26. D. ad SC. Trebell.

ILLATIO IX.

De rescindendis per legem Sentiam libertatibus in fraudem fisci datis.

NOnò ex eodem Principio fit, vt ad rescindendas libertates in fraudem fisci datas, necessarium fuerit auxiliū principalium constitutionū, vt idē Marcianus ait in *d. l. in fraudē* 11. §. 1. *qui & à quib. manu.* quippe cùm neq; iuris cōmunis ratio prohiberet quominùs eæ libertates valerent tāquā à domino datę, neq; lex Ælia Sentia quę de creditoribus duntaxat locuta fuerat, neq; senatusconsultū quod ciuitatibus tātùm prospexerat: Cùm tamen incōueniens videretur, deterioris condicionis esse fiscum, qui aliis in omnibus causis vel vtitur cōmuni priuatorum iure, vel habet priuilegium *tot. ti. C. de priuileg. fisc.*

L. in fraudē 11. §. 1. qui & à quib. manum.

L. In fraudē 45.§. à debitore D. de iur.fisc.

vtpote qui dignior sit priuato *l.procurator 7.C.de eden.* Idque est quod Paulus scribit in *l.in fraudem 45.§.à debitore* D.*de iur.fisc.*à debitore fisci datas in eius fraudē libertates retrahi placuisse.Non enim sic locutus fuisset si ad huiusmodi libertates lex Ælia Sentia pertinuisset:nec rursum si aliquo fisci priuilegio libertates in eius fraudem datæ non valerent.Fisci verò priuilegium hac parte nullum esse ex illo etiam apparet,quod in cęteris quoque alienationibus si quid in ipsius fraudem factum sit vtitur iure communi,vt non eo minùs valeat alienatio,sed tamen tanquam fraudatoria reuocetur *d.l.in fraudem 45.in princip.De iur.fisc.* At quoniam ita inducto iure ex principalibus constitutionibus vt legis Æliæ Sentię potestas,ad eas quoque libertates protraheretur quę in fraudem fisci datę esset,poterat dubitādi causa emergere. An non etiam melior fisci condicio esse deberet hactenus saltem, vt sufficeret debitorem fisci soluendo nō esse,Diui fratres rescripserunt, Non vtique si debitor fisci manumiserit libertates statim & omnimodo impediri, sed ita demum si cùm non esset soluendo in fraudem manumiserit, hoc est si cōcurrat fraudandi consilium cum fraudis euentu,sicut & in priuatorum causis obtinet.Videamus tamen ne dici verè non minùs quàm subtiliter possit,aliquatenus differentem esse hac parte condicionem fisci & priuatorum. Diximus nāque in pręcedentibus & verum est libertates in fraudem priuatorum datas impediri, ne competant,non autē reuocari, quod & in libertatibus in fraudem ciuitatum datis locū habet.Censuit enim Senatus de iis qui in fraudem ciuitatū manumissi sunt,nō vt reuocentur in seruitutē,sed vt nōveniant ad libertatem quomodo scriptū est in *d.l.in fraudē 11. in prin.*At libertates in fraudem fisci datas retrahi placuit,vt Paulus loquitur in *d.§.à debitore.* id est reuocari, ac proinde valere & competere ipso iure , Alioqui nec reuocari possent. Vnde & idem Paulus in *d.l.si cùm fideicommissa 16.qui & à quib. manu in §.Aristo* ita scribit vt dicat eum qui in fisci fraudem manumissus sit reuocari in seruitutem,quod ipsum non aliter fieri potest,quàm si ponas priùs eum peruenisse ad libertatem.Hoc verò cur ita ? An quòd fauorabilior sit causa fisci quàm libertatis iam competentis,quę scilicet ab alio quàm à fisco reuocari nunquam posset ? Minimè verò.Constat namque in dubio respōdendū esse & contra fiscum *l.non puto 10.D.de iur.fisc.& pro libertate l.si fuerit 10.in fin.De reb dub.l.pœnales 32.§.vl.*D *ad leg.falcid.*An potiùs quòd odio fisci admittēdum sit valere ipso iure & competere libertatem quę in fraudem priuatorum data impediretur?Ne hoc quidem.Nulla enim ratio est cur fisci condicio hac parte durior esse debeat , quàm priuati cuiuslibet creditoris. Dicendum igitur est quemadmodum totum hoc ius quod in fisci fauorem inductum est proficiscitur ex principalibus constitutionibus, Ita ex earundē cōstitutionū verbis factū esse,vt libertates in fraudē fisci datæ retrahātur,& reuocētur,nō impediātur:Nō quòd id egerint Imperatores,vt fisci meliorē, aut deteriorē cōdicionē facerent quàm cęterorū,sed quia dubitandū non est cōstitutionibus causam dedisse manumissiones,iā factas & pręteritas non futuras,conquerente scilicet procuratore fisci aut Cęsaris de quibusdam seruis à fiscali debitore in fraudem fisci manumissis.Quod cùm iā factum proponeretur,& quidem nullo iure prohibente,quia neque iuris communis ratio,neque lex Ælia Sentia, neque Senatuscōsultum Apronianum huiusmodi libertates impediebat,nec tamen ferendum videretur vt impune fraus fisco

d.l. in fraudem in prin.

Quantū interſit an manumißio facta ſit in fraudem priuati creditoris vel ciuitatis an in fraudē fisci.

l.ſi cùm fidei cōmiſſa 16. §.Ariſto qui & à quib. manum.

facta

facta esset quę nec priuato,nec ciuitati vlli fieri potuisset,necesse omnino fuit Imperatores qui facere non poterãt vt libertates non competerent quæ vtiliter datæ essent, hoc saltem fauore fisci cõstituere quòd vnum supererat, vt reuocarentur. Quod certè non similiter constitutum fuisset si futuris tantùm negotiis & manumissionibus non etiã pręteritis legẽ dare Principes voluissent exemplo legis Ælię Sentiæ & senatusconsulti.Sed ne id facere Principes voluerint fecit auaritia ne dicã ratio & vtilitas fisci, Hoc tamẽ æquitatis colore,quòd cùm legis Æliæ Sentiæ latæ tempore nihildum esset quod impediret ne in fraudem quoque creditorum libertates vtiliter ipso iure dari possent,nihil causæ erat cur quæ iam tum datæ fuerant reuocari deberẽt,obstante in contrarium fauore libertatis iã competentis:itémque naturali condicione legum ferè omnium,quæ illa est,vt præteritis negotiis legem dare non debeant,sed futuris *l.leges & constitutiones* 7.C.*de legib.*At cùm fisco prospiciendum fuit,aduersus manumissiones in sui fraudem factas,iam lata erat lex Ælia Sentia,quæ licèt de fisco locuta nõ esset, iustam tamen occasionem præbebat constituendi,ne deteriore iure fiscus censeretur, quod contigisset si in ipsius fraudem factæ post legem Æliã Sentiam manumissiones ratæ manere debuissent.Porro fieri non poterat,vt fiscus, quod ad eas manumissiones præteritas deterioris condicionis esset,quàm cæteri, quin fieret melioris,Hactenus videlicet,vt libertates iã reuera competentes reuocarẽtur,quæ fauore priuatorum reuocari non possent. Vbi verò semel ab Imperatoribus ita rescriptum est ob præteritas manumissiones,vt quæ in fraudem fisci factę essent reuocari deberent,Idem ius ad futuras quoque tractum est, quasi nulla necessaria constitutione noua.Ideo fortassis,quòd in effectu parum interesse videretur, an libertates reuocarentur an ab initio impedirentur, cùm neutro casu effectum habeant.Sed tamen propius intuenti non est differẽtia hæc sine effectu.Inde siquidem pendet quod Paulus scribit in *d.l.si cum* 16.§.*Aristo.qui & à quib.manum.* à debitore fisci qui soluendo non erat manumissum ita reuocari in seruitutem,si non diu in libertate fuerit,id est non minus decẽnio.Iunctus enim fauor libertatis semel competentis cum temporis longinquitate hanc sententiam facilè extorsit,quæ non perinde locũ habet in libertatibus datis in fraudem siue creditorum siue ciuitatũ, quia cùm per legem Æliam Sentiam,& per senatusconsultum de quo diximus rescindãtur ac impediantur,etiamsi is qui contra legis aut senatusconsulti prohibitionem manumissus esset,in libertate per vicennium aut tricẽnium stetisset, liber tamen fieri nunquam posset,quoniam ab initio impeditur libertas ne vnquam competiisse dici possit.Idque ex fauore libertatis descendere ex illo etiã intelligimus,quod cætera quæ in fraudem fisci in huius hominis manumissi signum collata sunt,post decẽnium quoque reuocãtur, non alia ratione quàm quòd libertatis priuilegium non meretur.Itaque si effectum inspicias melior est condicio libertatum in fraudem fisci datarum,quàm si in priuati vel ciuitatis fraudem datæ essent, non in eo solùm quod ipso iure competunt,nec ab initio impediuntur,quamuis ex post facto reuocẽtur,sed in eo etiam quod tractu temporis ita confirmari possunt, vt nunquam reuocentur:quod in cæteris,vt diximus diuersum est.

ILLATIO X.

De statulibero ex manumißione facta in fraudem creditoris condicionalis.

DEcimò ex eodem Principio fit, vt si seruum suum quis manumiserit in fraudem eius cui non nisi sub condicione pecunia debeatur, pro statulibero habendus sit is qui manumissus est, id est, pendeat libertas ex condicione *d.l. si cùm fideicommißa 16. §. si sub condicione D. qui & à quib. man.* Nam cùm impediendę per legem Æliam Sentiam libertatis alia ratio nulla sit quàm quod in fraudem creditoris data videatur, consequens est vt quemadmodum creditor condicionalis est, ita non nisi sub condicione fraus facta videri possit si cõdicionem sub qua debebatur euenire contingeret, ac proinde vt nec nisi sub ea cõdicione libertas rescindatur. Interim ergo libertas ex hac manumissione non competet, quandiu in eo res est, vt legi locus esse possit ne quod esset absurdissimũ, hominis facto potestas legis præsertim prohibitoriæ impediatur. Eóque pertinet quod ex Paulo diximus statuliberum hunc esse, siquidem statuliber pendente condicione seruus manet *l. si debitor 45. §. vlt. De fideic. libert. l. statuliberum 9. in princip. l. statuliberos 25. & pass. D. de statulib.* De *quo scripsimus ad Princip. 1. De iur. person. illat. 1.* Est autem hic casus ex iis in quibus statuliber quis fit non condicione expressa, sed tacita, & quod idem est vi ipsa, vt idem Paulus loquitur in *l. 1. in fin. ill. tit. De statulib.* & à nobis mox explicabitur.

d. l. si cùm fideicommißa § si sub condicione D. qui & à quib. manu.

L. si debitor 45. §. vl. De fideic. libe. l. statuliberũ 9. in princ. l. statuliberos 25. & pass. D. de statulib.

L. 1. eod. tit.

ILLATIO XI.

Statuliberum eße omnem qui manumissus est in fraudem creditorum.

d. l. 1. D. de statulib.

VNdecimò ex eodem Principio fit, quod Paulus scribit in *d. l. 1. De statulib.* Vi ipsa statuliberum quem fieri non illo solùm casu de quo proximè diximus cùm in fraudẽ condicionalis creditoris facta est manumissio pendente condicione, sed generaliter quoties fraudãdi creditoris causa quis manumisit, etiãsi purè debitor fuerit non sub condicione. Nam dũ incertum est an creditor iure suo vsurus sit, licèt certum sit posse illũ vti si velit cùm purus creditor est non condicionalis, interim statuliber est qui manumissus fuit, Ratione illa quam Paulus ibidem subiungit, quoniam fraus cum effectu in lege Ælia Sentia accipitur. Sensus est, ad hoc vt lex Ælia Sentia locum habeat & rescindantur libertates in fraudem creditorum datę, non sufficere, vt is qui manumisit, & re vera non soluendo fuerit, & fraudandi animum habuerit, sed illud pręterea requiri, vt creditores qui fraudati sunt & consilio & euentu, iure suo vti velint, id est legis Æliæ auxilium implorare, aut quod idem est in hunc seruum qui manumissus sit æquè ac in alia debitoris bona perinde agere atque si manumissus non esset. Nã si cùm se fraudatos sciant & videant, suũ tamẽ ius nolint exequi, quin potiùs manumissioni consentiant, nemo dixerit eos in effectu fraudatos esse, si verum est quod habet iuris regula, neminẽ videri fraudare eos qui sciũt & consentiunt. *l. nemo videtur 145. De reg. iur. l. quod autem 6. §. prætereà D. quæ in fraud. credit.* Itaque quamuis hoc casu fraus facta sit non tantùm cõsilio, sed etiã euentu, quia tamen effectum nullum habet ad legẽ Æliam Sentiam non pertinet, nec impedit libertatem. Cur verò in lege Ælia Sentia fraus non nisi cum

Cur in lege Ælia Sentia fraus accipiatur cum effectu.

cum effectu accipiatur,ratio petenda est,non ex eo tantum quod vulgo dici solet,in qualibet dispositione verba cum effectu esse accipienda *l.1.§.hæc autem verba* D.*quod quisque iur.l.pen.§.docere D.ne quis eum qui in ius vocat.est vt exim.*sed potissimùm ex fauore libertatis,non tam facilè impediatur libertas quæ iure communi ex manumissione à domino facta cōpetit,quoties lex impedimento non est. Et verò cùm legis Æliæ Sentiæ propositum illud fuerit,non tam vt noceret libertatibus quàm vt creditoribus prodesset, ne quid ex debitoris facto damni & incōmodi paterētur,quid obsecro attineret libertates in fraudem creditorum datas rescindere fauore illorū qui iure suo vti nollent? *arg.l.si post mortem 10.§.liberi D.de bono.possess.cont.tabul.* Obstare tamen huic sententiæ illud videri potest quod supra diximus, legis Æliæ Sentiæ potestatem in suspenso manere non posse,indéque fieri vt quamuis egeno debitori locupletissimus heres fuerit, nihilominùs libertates per legem rescindantur, cùm tamen fatendum sit eo casu non fraudari cum effectu creditores qui à debitoris herede suum consequi possint , si velint. Sed respondendum est valde dissimilia hæc esse. Potestas enim legis Æliæ Sentiæ non in eo consistit vt omnimodo rescindatur libertas in fraudem creditoris data,id est etiāsi creditor nolit,cùm è contrario solius creditoris fauore illam rescindat, sed in eodem demum vt possit ius suum exequi creditor si velit perinde acsi libertas data non esset, Quemadmodum nec legis falcidię potestas illa est,vt heres legatis oneratus omnimodo quartam habeat etiam inuitus,sed vt eam deducere si velit,possit,quod & de Pegasiano senatusconsulto quo inducta est retentio quartę ex fideicommissis vniuersalibus similiter dici potest *l.5.§.si quis rogatus D.de donat.int.vir.& vxor.l. patrē 19.& seq.*D.*quæ in fraud.cred.*iunct.*l.quod bonis 15.§.1. D. ad leg.falcid.l.si quando 35.§.illud in fin.& §.& generaliter* C.*de inoff.testam.* Nec denique legis duodecim tabularum ex ea parte qua & testamentarias & legitimas hereditates confirmat, potestas in eo versatur, vt inuitum quemquam & necessarium faciat heredem , sed in eo tantùm vt hereditatem deferat etiam inuito,eam tamē postmodum agnituro si velit,aut repudiaturo si malit. Delata siquidem hereditas intelligitur quam quis possit adeūdo consequi *l.delata 151.de verb.signif.* licèt eam posteà nec adeat nec consequatur *l.nec emere 16.C.de iur.delib.l.4.*D.*ad SC.Trebell.* Sic igitur & in proposito lex Ælia Sentia nihil aliud propositum habet,nisi vt libertas quæ in fraudem creditoris data est,rescindatur fauore creditoris,etiā inuitis& manumisso & manumissore. At non etiā vt inuitus creditor ius suum exequi compellatur, aut vt eo quoque non exequēte libertas impediatur, alioqui libertatibus nocere magis quàm creditoribus prospicere voluisse videretur,nec propositū suum seruare,vt Vlp.loquitur in *l.1.§.exceptionē D.quar.rer.act.nō dat.* si quę libertates duntaxat in fraudē creditorū datas rescindere cogitauit eas quoque rescinderet,quas rescindi creditores nolint,cùm vt diximꝰ nō possint dici fraudati creditores qui libertatē quā in sui fraudē datā esse sciunt,valere nihilominùs volunt,& cōsentiunt. An igitur quandiu incertum est an creditor iure suo vsurus sit, potestas legis erit in suspenso? Ita sanè. Nec enim fieri posset vt manumissus interim statuliber dici deberet si nō ipsius libertas suspēderetur,quę porro nō suspenderetur,sed ab initio pręcisè impediretur,si legis potestas ipsa in suspēso nō esset. At id absurdū non est, suspendi pote-

In quo consistat potestas legis Æliæ Sentiæ.

In quo potestas legis falcidiæ, & senatusconsulti Pegasiani.

L.delata 151. de verb. signif.

L.1.§. exceptionem D. quar. rer. act.non dat.

Potestas legis an & quando possit manere in suspenso.

ſtatem legis quãdiu factum ex quo lex pẽdet incertum eſt,quod euenit quã-diu ignoratur an creditor fraudatus iure ſuo vti velit,quia nec interim certũ eſt an ſit fraudatus, nec proinde an verba legis locum habeant quæ diximus cum effectu eſſe accipienda.Nã & idem accidit tùm etiam cùm fraudandi animum habuit manumiſſor , quem contigerit non ſoluendo deceſſiſſe.Manet ſiquidem eo caſu ſuſpenſa poteſtas legis in tempus vſque aditæ hereditatis,ita vt ſi medio tempore aucta ſit hereditas perinde libertates competãt acſi mortis tẽpore aucta iã fuiſſet.Sicut è contrario ſi mortis tẽpore ſoluẽdo ſit hereditas,& tamẽ cùm aditur deſierit eſſe ſoluẽdo,placet libertatẽ nõ cõpetere quaſi relictã in fraudẽ creditorũ *l.ſi mortis* 18.*in prin.qui & à quib.man.* Nẽpe quia nec priùs libertatis dies cedit quàm adita ſit hereditas *l.nã cùm* 8. *D.quand.dies leg.ced.l.vnic.§.libertatibus C.de caduc.tollen.* fieri autem nequit vt priùs reſcindatur libertas quàm dies eius cedere cœperit, id eſt vt deſinat prius quàm cœperit deberi *l.Titio vſusfructus* 96.*De condic.& demonſtr. l. non poteſt videri* 208.*De reg.iur.*Tunc ergo abſurdum eſt imò impoſſibile poteſtatem legis manere in ſuſpenſo,cùm in eo ſtatu res eſt ſecundùm ea quæ iã ex facto contigerunt, vt non poſſit amplius non eſſe locus legi, concurrentibus ſcilicet atque impletis iam iis omnibus quæ facere poſſint vt lex debeat habere locũ:aut cùm in contrariũ aliquid ex iis quæ lex requirit,ita deficit vt concurrere amplius nunquam poſſit,Id verò contingit, cùm is qui animum habuit fraudandi creditoris deceſſit non ſoluendo,tametſi locupletiſſimum heredem reliquerit,quia quod hoc caſu non fraudatur creditor in effectu,ſit ex cauſã extrinſeca prorſus,& aduentitia, & conſequenter nõ efficit,quominùs verba legis locum habeant etiam accepta cum effectu.Effectũ enim lex eum requirit,qui ex manumiſſione ipſa prorſus inducatur,nulla extranea perſona interueniente ,,quam nec facilè vnquã lex ſupplet ne quidem in contractuum interpretatione *l.ſi ita ſtipulatus* 126.*§.Chriſogonus in fin. De verb.obliga.*non illũ qui per aliã perſonã aut inducatur,aut impediatur.Extranea perſona interuenit cùm ideo fraudati non ſunt creditores, quòd fraudatoris heres ſit locuples,quia nihil cũ iure manumiſſionis cõmune illud habet an manumiſſoris heres locuples ſit an egẽs:ſiquidẽ in dãda libertate directa non cogitatur de herede,quippe cuius factũ nullũ interponi neceſſe eſt niſi hactenus vt adeat hereditatẽ,quo legatę libertatis dies vtiliter poſſit cedere.. Quãquã nec hoc quidẽ neceſſariũ dici poteſt,poſtquã reſcripto Diui Marci inductũ eſt,vt herede nolẽte adire,poſſint addici bona vni ex manumiſſis libertatũ conſeruãdarum cauſa, Vt dicemus ad *ti.De eo cui liber.cau.bon.addic.* At extranea perſona nulla interuenit,cùm fraudem quã creditoribus facere manumiſſor voluit ea ſola ratio excludit quod creditores ipſi ius ſuũ exequi nolint:Creditoris enim perſona illa eſt propter quã ſolã,ſi fraudaretur, aut quod hac parte idem eſt ſi fraudari nollet,libertas per legem reſcinderetur. Proinde mirum non eſt ſuperiore caſu nõ etiã iſto videri fraudatos creditores cum effectu.Vtroque caſu fraudantur ſanè & conſilio & euentu , ſed non etiam effectu.In quo obſeruandum eſt quod pauci fortaſſe hucuſque obſeruarunt,ſeparãdum eſſe hac parte fraudis euentum ab effectu.Voluntas enim creditorum , quæ nolentibus illis vti iure ſuo excludit effectum iſtiuſmodi fraudis,facere tamen non poteſt quominùs verum ſit & conſilio & euentu fraudem factam fuiſſe. Alioqui nec iis volentibus ius ſuum exequi,reſcindi poſſet

L. ſi mortis 18. in princ. qui & à quib.manu.

De eo cui li bert. cauſ. bon.addic.

Effectu. & euentu fraudem fieri diuerſa ſunt.

poſſet

possit libertas, si non ipsa rescissionis causa præcessisset.

ILLATIO XII.

De libertatibus in fraudem datis ab eo cuius hereditas aditionis tempore inuenitur soluendo.

DVodecimò ex eodem Principio fit quod proximè attigimus, vt si mortis tempore soluendo sit hereditas, eadémque cùm aditur desierit esse soluendo, libertas tanquã in fraudem creditorum data competere non possit, Et contra cõpetat ea, quæ & fraudandi consilio data est, & ab eo qui mortis tempore soluendo nõ fuit, si modò soluendo sit hereditas cùm aditur. Ita vt& aucta hereditas prosit libertatibus, & noceat diminuta *d. l. si mortis* 18. *D. qui & à quib. manu.* Nam cùm ad rescindendas ex lege Ælia Sentia libertates non sufficiat fraudandi animum & propositum adfuisse, nisi proposito euentus quoque respondeat, vt iam sæpius diximus, Non potest fraudis euentus cõcurrere, si hereditas reperiatur soluẽdo eo ipso instanti quo libertas testamẽto data incipit cõpetere, Nõ autẽ priùs cõpetere incipit, quàm hereditas adita sit *d. l. vnic. §. libertatibus C. de caduc. tollend. d. l. nam cùm* 8. *D. quand. dies legat. ced.* Quæ non solùm differentia, sed etiam differentiæ ratio est inter legem Æliam Sentiam, & legem falcidiam, in cuius tractatu placet non aditæ hereditatis, sed mortis tempus inspici oportere *l. in quãtitate* 73. *D. ad leg. falcid.* Nempe quoniam lex falcidia dat heredi quartam partem hereditatis *l. 1. eod.* hereditas autem constituitur eo ipso instanti quo testator est mortuus, non eo quo ipsa aditur, cùm è contrario per aditionem desinat esse hereditas, fiátque proprium patrimonium heredis *l. 3. §. si is qui status in fin. D. de carbon. edict. l. vlt. D. si pars her. pet.*

L. si mortis 18. qui & à quib. manu.

L. in quantitate 73. ad leg. falcid.

ILLATIO XIII.

De manumißione facta per filium ex voluntate patris qui non sit soluendo.

DEcimotertiò ex eodem Principio fit, vt si voluntate patris filius manumiserit, siue pater, siue filius sciat patrem soluendo non esse, libertas impediatur *d. l. si cùm fideicommissa* 16. *§. vlt. qui & à quib. manu.* Nam quoties filius ex patris voluntate manumittit, libertas non nisi ex vtriusque facto competit seruo, Ex facto quidem filij quoniam ipse est qui manumittit, Ex facto verò patris quia patris voluntatem non solùm adesse oportet, sed etiam durare vt ex eiusmodi manumissione competat libertas *l. 4. in princip. D. de manum. vindict.* Adeò vt siue post patris mortem siue mutata eius voluntate filius ignorans manumiserit, non fiat liber is qui manumissus est, quia verum est, non fuisse illum voluntate patris manumissum *l. quæsitum* 15. *§. 1. qui & à quib. manum.* Itaque cùm filius reuera manumissor sit, pater autẽ pro manumissore habeatur *l. si quis hac* 30. *§. 1. eod.* Iuris ratio facit vt tam ex verbis quàm ex sententia legis Æliæ Sentiæ alterutrius consilium fraudandiq; propositũ adfuisse sufficiat vt libertas impediatur, si modò euentus quoque concurrat, Ita fit vt hoc casu quærendum non sit, an quod pater scit filius scire videatur, aut contrà, De quo tractat Iacob. Cuiac. *l. 14. obser. cap.* 8. *ad l. seruus* 7. *§. vlt. D. de bonor. poss.* cùm sufficiat alterutrum scire, posśitque imputari patri, scientiam quoque filij ignoranti, cur per filium manumitti seruum voluerit.

L. si cùm fideicommissa 16. §. vl. qui & à quib. manum.

L. 4. in prin. D. de manum. vindict.

L. quæsitum 15. §. 1. qui & à quib. manum.

L. si quis hac 30. §. 1. eod.

ILLATIO XIIII.

De eo qui in fraudem creditorum plures seruos manumisit.

L. si quis habens 24 qui & à quib. manum.

L. si non lex 83. §. 1. D. de hered. insti.

DEcimoquartò ex eodem Principio fit quod Terentius Clemens scribit in *l. si quis habens 24. qui & à quib. manum.* Si quis creditores habens, plures seruos manumiserit, non omniũ libertatem impediri, sed eorum duntaxat quos testator posteriore loco liberos esse iussit, si modò ea ratione fieri possit salua priorum libertate vt creditores de quibus fraudãdis testator cogitauerat suum consequantur. Quod & scriptum est, licèt in specie dissimili *in l. si nõ lex* 83. §. 1. D. *de hered. instit.* vbi Sęuola refert, Diui Hadriani temporibus Senatum censuisse, vt si testator, qui mortis tempore soluendo non fuit duobus pluribúsve libertatem dederit, eísque hereditatem restitui iusserit & institutus heres suspectam hereditatem dixerit, cogatur eam adire, vt eo facto ad libertatẽ is perueniat qui priore loco liber scriptus fuit, eíque hereditas restituatur. Quanquã de tota illius loci sententia, prȩsertim verò versiculi qui ibid. sequitur, *idem seruandum in his quibus per fideicommissum libertas data fuerit* videnda sunt quȩ pluribus scripsimus *lib.* 18. *Coniect.* Ratio autem huius illationis est, quia cùm lex Ælia Sentia non rescindat libertates in fraudem creditorum datas, nisi animo & consilio fraudandi euentus fraudis respondeat, consentaneum est, vt quamuis libertates omnes fraudandorum creditorũ animo datȩ proponantur, tamen eatenus duntaxat rescindantur, quatenus creditores fraudarentur, id est euentu & effectu, ipso damnum paterentur si cõpeterent libertates. Ergo si posterioribus rescissis creditores indemnes seruari possint, nihil causȩ est cur priores quoque rescindantur. Etsi autem ordo scripturæ parum attendi solet in iis videlicet quæ cõtrarium aut diuersum habẽt ordinẽ vel iuris vel volũtatis *l. cùm pater* 77. §. *fidei tuæ* 12. *De legat.* 2. *l. quidam* 14. D. *de pecul. legat. l. nec enim* 6. *D. de solut.* interdum tamen necessariò attendi debet vt in proposito cùm nihil est quod meliùs dici possit *l. quoties* 34. *D. de vsufr. l. si idem* 14. *De leg.* 2. *l. heredes mei* 57. §. *vlt ad SC. Trebell. l. qui soluendo* 60. *De hered. inst. l. generaliter* 24. §. *quid ergo* 17. *De fideic. libert.* Excipe casum *l. si is qui* 55. & *l.* 57. *De her. inst.* de quibus posteà dicemus.

Ordo scripturæ an & quando attendendus.

ILLAT. XV.

De conseruanda libertate illius qui posterior manumissus in fraudem fuit.

d. l. si quis habens 24. qui & à quib. manumiss.

DEcimoquintò ex eodẽ Princ. fit, quod subiungitur *in d. l. si quis habẽs,* Vt si quando maioris precij sit is qui prior nominatus fuit, nec sufficiat posteriorẽ retrahi in seruitutẽ, aut vt meliùs loquamur, retineri in seruitute (nõ enim potest retrahi in seruitutem is cui nunquã cõpetiit libertas) prior verò sufficiat dimittendis omnibus creditoribus, vt sunt alia mancipia aliis longè preciosiora, dicendum sit hoc casu sequenti loco scriptum ad libertatem solũ peruenturũ. Cessat enim hîc ratio illa quæ superiore casu faciebat vt potiorẽ faceremus causam eius, qui primo loco liber esse iussus esset, cùm retento in seruitute eo qui secundo loco liber scriptus est, nõ ideo futurũ sit vt liber fiat primus, quãdiu vel vnus denarius dimittẽdis creditoribus deest,

At è

At è contrario vt maneat vterque seruus, quandoquidem libertas pro parte neque valere, neque rescindi potest *l. qui graui. 11. De iur. codicill. d. l. cùm pater 77. §. cùm existimaret de legat. 2.* & aliis suprà citatis *ad Princip. 2. illat. 6. De iur. person.* Itaque non est audiendus qui priore loco scriptus est si sequẽtis libertatem impediri velit, cùm non eo magis liber ipse sit futurus. Nec rursus fauor libertatis patitur, at ne quidem ipsa legis Æliæ sententia, vt vtriusque libertas impediatur si salua creditorum indemnitate, alterutri competere libertas possit, quoniam vt præcedente illatione diximus, lex Ælia Sentia non rescindit libertates in fraudem creditorum datas, nisi quando & quatenus necesse est, ne creditoribus fraus vlla fiat. Errant igitur meo iudicio, vt hoc extra rem moneamus, plerique, magni inter ætatis nostræ pragmaticos nominis, qui ex hoc Terentij loco probare solent, si is qui bona sua omnia creditori obligauerat ea posimodum variis diuersorum temporum venditionibus distraxerit, non esse permittendum creditori, vt quasi Seruianam exerceat contra priores emptores, nisi priùs facta excussione bonorum posteriore loco alienatorum. Quasi verò eadem hac parte ratio sit alienationis rerũ obligatarum, & manumissionis, & quasi idem fauor sit primi emptoris ne hypothecaria conueniatur qui esse debet serui priore loco scripti ne libertas eius rescindatur. Quid enim interest primi emptoris ne primo loco conueniatur, cùm siue propriis, siue cessis saltem actionibus indemnitatem suã consequi tandem possit per regressum contra posteriores emptores. Quod tamen nemo non videt similiter dici non posse, cùm agitur de libertate, quippe quæ semel per legem Æliam Sentiam rescissa nullo indemnitatis remedio cõtra eum proposito qui posteriore loco scriptus esset redintegrari vnquam posset. Illa certè ratio pro primo emptore facit quam & pragmatici nostri adferunt post Ægid. Magistr. in suis illis Arestis, quod ita posito iure vt primus emptor conueniri posit, necessariò eueniat vt fiant de lite lites, primo scilicet emptore aduersus secundum regrediente, secundo aduersus tertium, & sic deinceps ad vltimum vsque: cuius tandem solius damno & incõmodo totã rẽ cedere oportet, Vt proinde videatur multò expeditius si ab vltimo incipiatur à quo perinde creditor hypothecarius, atque si contra primum ageret, suum sit consecuturus. Sed tamẽ siue ius vetus inspicias, siue nouũ, ratio hæc subsistere nullomodo potest. Quod enim ad vetus pertinet cõstat id comparatum ita fuisse vt liceret creditori pignora sua persequẽti quibus vellet distractis ad cõmodum suum peruenire siue ab ipso debitore, siue ab alio quolibet possiderentur *l. creditoris 8. D. de distr. pign. l. distractis 14. l. persecutione 24. C. de pign.* quippe cùm eo tempore incognitum esset beneficium excussionis à Iustiniano posteà inductum *Nouel. 4. De fideius.* nisi cùm fiscus tacitę hypothecę ius quod habet in bonis sui debitoris cõtra tertiũ possessorẽ exequebatur *l. Moschis 47. De iu. fisc.* Si autẽ ius nouũ inspicias, reperies nihil Iustinianũ induxisse *d. Nouell. 4. De fideiuss. cap. 2.* vnde sumpta est *Auth. hoc si debitor C. de pign.* nisi vti ne posiit hypothecaria cõtra tertiũ possessorẽ exerceri prius quàm excussio facta sit & personæ & bonorũ debitoris, ab ipso scilicet debitore possessorũ, nõ ab eo alienatorũ. Nã vt in alienatis persequẽdis ordo aliquis inuito creditore seruãdus sit nulla cõstitutionis parte cautũ est. Et verò nõ video qua ratione citra manifestã creditoris iniuriã ita cõstitui ius posiit vt creditor cõuentionis suę fructu, & electionis quã sibi

De excussatione bonorũ posteriore loco alienatorum opposita creditori agenti hypothecaria.

iusta conuentione quæsiit beneficio priuari debeat, cùm facilè fieri queat vt variis ex causis ipsius intersit siue ratione bonorum si fortè bona priore loco alienata faciliùs inuentura sin temptorem, siue ratione personarum si posteriores emptores difficilioris sint conuentionis, siue denique ratione fori si expeditior vno quàm alij loco iudicij exercitio futura esse videatur. Deniq; quantum hoc casu distet alienatio pignoris à manumissione serui, ex eo apparet quod interdum, vt diximus ad libertatem solus peruenit is qui sequenti loco manumissus est, At in vltimo emptore nũquam euenire potest, quin totius hypothecariæ onus, subire cogẽdus sit, siue primo, siue postremo loco conueniatur, & siue ab emptoribus anterioribus, siue ab ipso creditore.

ILLATIO XVI.

De libertatibus datis ab eo qui non fuit soluendo constituentibus tamẽ creditoribus.

DEcimosextò ex eodem Principio fit, vt ab eo datæ libertates qui & soluendo non sit, & se non soluendo esse sciat, valeant nihilominùs si sciẽtibus & consentientibus iis creditoribus datæ sint, qui alioquin ex earum datione læderentur, & fraudarentur. Non enim videri possunt datæ in fraudem creditorum, quandoquidem non fraudantur ii qui sciunt & consentiunt. Vt suprà diximus *illat. 11. ex l. quod autem 6. §. præterea D. quæ in fraud. credit. l. nemo videtur* 145. *De regul. iu.* Adeò vt quamuis creditorum consensus non interuenerit sub ipsum tempus dandæ libertatis, tamen sufficiat secutam esse quandocunque ratihabitionem etiã tacitã, quæ ex eo colligatur quod ius suũ exequi creditor nolit *d. l. 1. in fin* D. *de statulib.* quoniã fraudis nomen quo vsa est lex Ælia Sentia cum effectu accipiendum est vt ibidem Paulus ait. Requirimus autem non scientiã duntaxat, sed etiã consensum expressum quia sola sciẽtia vix vnquam creditoribus nocet nisi expressim consentiãt; quod alioquin non alia ratione videantur illi tacuisse quàm quia scirent ius suum vtique durare *l. sicut* 8. *§. non videtur* D. *quib. mod. pigno. vel hypoth. soluit.* nisi cùm eo tempore quo prædiũ distrahebatur programmate publico admoniti creditores qui prẽsentes erãt, ius suum non sunt executi *l. si eo tempore* 6. C. *de remiss. pignor. l. si hypothecas* 8. *eod.* Id enim facit autoritas publicæ admonitionis & venditionis, ne alioqui decipiatur emptor bona fide accedens ad publicã venditionem. Nec rursum volumus quorundã creditorum consensum sufficere vt aliis qui non consenserũt noceatur, ne si maior pars creditorum consenserit, quoniã aliis per alios iniqua condicio inferri nec potest, nec debet *l. non. debet alteri* 74. *De reg. iur.* Estque hic casus longè diuersus ab iis in quibus placuit sufficere posse consensum maioris partis creditorum, vt in specie *l. vlt C. qui bon. ceder poss. l. iuris gentium* 7. *§. vlt. & l. seq. De pact.* Finge ex creditoribus consentire illos qui sint priuilegiarij, & consequenter licet posteriores tempore, anterioribus tamen præferendi (personalium namque vt loquuntur, aut vt meliùs dicam chirographariorum creditorum priuilegia non ex tempore æstimantur, sed ex causa *l. priuilegia* 32. *De reb. autor. iudi. possid. aliàs* 17. *De priuileg. credit.*) Cur illorum consensus aliis non consentientibus obstabit? Illi siquidem non fraudãtur, quibus ante omnes satisfieri ex reliquis bonis & potest, & debet. Cæteri verò fraudãtur, qui saluis libertatibus non sunt habituri vnde suum consequi possint. Non tamen cuiuslibet creditoris consensus ei nocet, sed ita demum si consensus iustus sit, id est à iure ad-

pro-

l. quod autẽ 6. §. præterea D. quæ in fraud. credit.

L. 1. in fi. D. de statulib.

Consensus maioris partis creditorũ an & quãdo sufficiat vt noceatur cæteris.

probatus, aut permissus. Nam si ponas pupillum creditorem consensisse citra tutoris autoritaté, nihil ea res proderit libertati, sicut nec prodest si fructuarius pupillus manumissioni consentiat *l. in fraudem 27. §. pignori D. qui & à quib. manum.* vbi Hermog. hoc ipsum scribit in specie multo maiorem dubitationem habente de seruo pignori dato, cuius manumissioni pupillus sine tutore consenserit. Quidni enim valere is consensus deberet, saltem illo casu quo etiam post huius serui manumissionem debitor soluendo maneret? Siquidem nulla tunc pupilli fraus & captio esset. Verùm ne id dici possit, iuris ratio refragatur. Pupillus enim sine tutoris autoritate nihil agere potest non ob id solum ne sibi noceat, sed illa potissimùm ratione, quòd iudicio carere intelligatur, imò nec voluntatem vllam habere intelligitur ad consentiendũ adeóq; nec præsens esse *l. cùm filius familias 49. §. in hac De ver. obligat. l. 1. §. hoc edicto Ne vis fiat ei qui in poss. miss. est l. 1. vers. impuberes C. de fals. monet.* Quare ad rem non pertinebit, si quis obiiciat aliud esse vendere, aliud vẽdẽti cõsentire *l. aliud 160. De reg. iur.* aliud manumittere, aliud manumissioni consentire aut quod idem est pati manumissionem *l. si pater 4. §. vl. D. de manum. vindict.* Id enim tunc obtinet cùm verus consensus interuenire potest, quod in minore quidẽ annis viginti vsuuenit *d. §. vlt.* at nõ similiter in pupillo: vt neq; in furioso, non enim à pupilli cõdicione furiosi hominis status & habitus multũ abhorret vt Vlp. loquitur in *l. Fulcinius 7. §. planè interdum D. quib. ex caus. in poss. eat.* Furiosus autem per omnia & in omnibus absentis & quiescentis loco habetur *l. 2. §. furiosus De iur. codicill.* neque verò consentire potest, qui nec sentire intelligitur, *l. si ubi 8. §. vnius De opt. legat. l. si quis suo 33. in fin. C. de inoff. test.*

L. in fraudẽ 27. §. pignori D. qui & à quib. manu.

L. si pater 4. §. vlt. D. de manu. vindict.

PRINCIPIVM III.

De libertate danda cum hereditate vni seruo, etiam in fraudem creditorum.

EX lege Ælia Sẽtia licet domino etiã qui soluẽdo nõ est, & in fraudẽ creditorũ vnũ ex seruis suis cũ libertate heredẽ instituere vt liber fiat herésq; ei solus & necessarius, si modò nemo alius ex eo testamento heres extiterit: siue quia nemo alius heres scriptus sit, siue quia is qui scriptus est, heres esse aliqua ex causa vel noluerit, vel nõ potuerit, vt Iustinianus scribit *in. §. 1. hoc ti.* Vbi rationem hanc reddit quòd valde prospiciendum erat vt egentes homines quibus alius heres extiturus non esset, seruum suum heredem haberent necessarium, vel qui satisfacturus esset creditoribus, vel quo minimè satisfaciẽte creditores sub serui nomine res hereditarias vẽderent ne iniuria afficeretur defunctus qui ciuis romanus decessisset. Nec cõqueri possunt creditores qui eiusmodi libertatis datione fraudãtur, quòd lege Ælia Sẽtia ita prouisũ sit, cùm potiùs ęqui boniq; cõsulere debeãt, quòd eadẽ lex iis tã diligẽter prospexerit, vt extra húc casum alio pręthereà nullo libertates in corũ fraudẽ datas valere patiatur, quę, si lex Ælia nõ obstaret, vtiq; valerent ex iuris cõmunis ratione quemadmodum in duobus Principiis superioribus à nobis probatum & explicatum est. Cæterùm cùm ea lex facere non posset, quin alterutrum euenire necesse esset vt vel creditores aliquatenus fraudarentur, vel vt defuncti ciuis romani fama & existimatio per publicã bonorũ ipsius vẽditionẽ lęderetur, longè conuenientius visum est haberi rationẽ existimationis, quę nullo pecuniario cõmodo æstimari potest, cùm ęquiparetur vitæ

§. 1. hoc tit.

in personis honestis *l. isti quidē 8. §. pen. D. quod met. cau. l. iusta causa 9. in prin. De manum. vindic.* iunct. *l. pen. in fin. D. de donat. l. 2. C. vt intr. cert. temp. crim. quæst. termin.* quàm modici illius damni pecuniarij quod ex manumissione creditoribus infertur. Nam si vel solam libertatem damni causa intercidere durum iā olim Papiniano nec immeritò videbatur in specie *l. cùm pater 77. §. cùm existimaret De legat. 2* quanto durius esset non solùm intercidere libertatem, sed etiam defuncti ciuis Romani qui viuens omnia boni ciuis & integri viri munia impleuisset, cineribus & ossibus vt Theophilus ait infamiæ notam inuri?

L. cùm pater 77. §. cùm existimaret de legat. 2.

ILLATIO I.

De libertate data vni eique incerto ex duobus idem nomen habentibus.

L. qui soluendo 42. D. de hered. instit. & l. seq.

EX hoc Principio illud primum fit quod Iulianus scribit *in l. qui soluendo 42. De hered. instit.* Si is qui debitor & non soluendo erat duos Apollonios liberos heredésque esse iusserit, altero quidem ante apertas testamenti tabulas defuncto non ineleganter defendi posse eum solum qui superfuerit liberum & solum necessarium heredem fore, Sed si vterque viuat institutionē nullius esse momenti propter legem Æliam Sentiam quæ ampliùs quàm vnum necessariū heredē fieri vetat, Inuicem enim eos sibi obstare, vt ex Paulo subiungitur *in l. seq.* Ratio autem si quæratur propter quam lex Ælia non nisi vnum seruum in fraudem creditorum manumitti & necessarium heredē fieri permiserit illa est, quia vt proximè diximus nō tā id propositum habuit vt creditoribus hac in re noceret, quàm vt defuncti famæ ac existimationi cōsuleret. Quemadmodū è contrario diximus in præcedentibus, ex illa parte qua eadē lex rescindit libertates in fraudē creditorū datas, nō tā id legi propositum fuisse, vt noceret libertatibus quàm vt creditoribus prodesset, aut saltem iis noceri non pateretur. At qui defuncti famæ & existimationi tam abundè consulitur vnius serui quàm plurium manumissione, siquidem tā heres est ex asse qui solus scriptus est, quàm heredes sunt ex asse plures inter quos totus as distribuitur, nec minùs ille solus repræsentat personā integrā defuncti vt possit etiam solus & in solidum à creditoribus hereditariis conueniri, atque plures simul repræsentant, cùm plures scripti fuerunt. Vt autē parcatur pudori defuncti, nihil aliud requiritur nisi vt nō tā ipsius, quàm heredis bona veneant, quod ipsum perinde contingit cùm vnus tantùm heres scriptus est, atque si plures instituti proponerētur. Illud porrò ferè perpetuū & generale est, vt quoties aliquid iure singulari ex necessitate aliqua siue cōtra ius cōmune, siue cōtra legē aliquā specialē cōstituēdū est, eatenus dūtaxat inducatur quatenus necessitas postulat. Nā & id rationi naturali adprimè consentaneū est vt cessante causa cesset effectus. Prior autē pars sententiæ Iuliani rationem quæ subobscurior videtur illā habet, quòd institutis duobus Apolloniis fieri non potest vt inuicem sibi obstent per cōcursum priusquàm possint esse heredes, non possunt autem esse ante apertas tabulas ex lege Iulia Papia quæ Iuliani temporibus obtinebat, & obtinuit ad tempora vsque Iustiniani qui eam penitus sustulit in *l. vnic. C. de caduc. tollend.* Et quemadmodum in præcedentibus diximus non tempus mortis testatoris sed aditæ heredi-

hereditatis inſpiciendum eſſe cùm quæritur an valeant libertates in fraudem creditorum datæ *l.ſi mortis* 18.*qui & à quib.manum.* quia nec priùs legatæ libertatis dies cedit *d.l.vnic.* §. *libertatibus* : præpoſterum autem eſſet priùs reſcindi libertatem quàm poſſet incipere deberi. Sic & in propoſito, cùm lege Iulia Papia ita ſit conſtitutum vt extra cauſam liberorum ad tertium vſque gradum nemo poſſit ante apertas tabulas ex teſtamento heres eſſe , conſequens eſt vt neque interim quærendum ſit an ſibi obſtent, neque ei qui apertarũ tabularum tempore ſuperſtes inuenitur potuerit vnquam obſtitiſſe is qui ante defunctus fuit. An igitur Pamphilo & Apollonio heredibus inſtitutis ab eo , qui ſoluendo non erat, defunctóque ante apertas tabulas Pamphilo idem dicendum erit vt non obſtante lege Ælia Sentia Apollonius vtiliter inſtitutus ſit, & in fraudem quoque creditorum heres neceſſarius eſſe poſſit ? Minimè, quia hoc caſu teſtator ab initio fecit contra legem Æliam Sentiam quæ ampliùs quàm vnum neceſſarium ſeruum inſtitui vetet. Itaque inſtitutio Apollonij ſequente loco inſtituti ſicut valere non poteſt aduerſus legem facta, ita neque per obitum Pamphili conualeſcere ante apertas tabulas defuncti. Relata enim lex eſt ad tempus factæ inſtitutionis non apertarum tabularum , ex ea parte qua prohibet ampliùs quàm vnum inſtitui neceſſarium heredem *arg.l.liberorum* 11.§.1. *De his qui notant. infam.* Quid? An non idem euenit duobus Apolloniis inſtitutis? Cur ergo altero ante apertas tabulas mortuo valet eo magis inſtitutio? Reſpondeo pluribus ſeruis teſtamento in fraudem creditorum manumiſſis & heredibus inſtitutis,non omnium inſtitutionem irritam fieri per legem Æliam ſed eorũ duntaxat qui poſteriore loco,id eſt poſt primum inſtituti reperiuntur.Hîc enim verũ eſt quod aliàs dici ſolet in iis quæ commodam diuiſionem recipiunt, vtile per inutile non vitiari *l.placuit* 29. *D. de vſur.* Duobus autem Apolloniis & liberis & heredibus ſcriptis, non poteſt ſciri vter eorum priore aut poſteriore loco ſcriptus ſit , nec proinde vtrius inſtitutio per legem impediatur , Cúmque certum ſit non niſi alterutram impediri, alterutram verò omnimodo valere , non ſolum benignius eſt fauore libertatis,ſed ex ipſa etiam iuris ratione verius,& ſubtilius, quomodo Iulianus loquitur, vt eius Apollonij qui apertis tabulis ſuperſtes eſt inſtitutio defendatur. Nam & alio illo ſuperiore caſu quo Pamphilus & Apollonius heredes ſcripti fuerint ſi poneres è contrario Apollonium priore loco inſtitutum, non ideò minùs valeret ipſius inſtitutio, quod Pamphilus quoque eodem teſtamento inutiliter & contra legem ſcriptus eſſet. Aliud ergo erit ſi duobus Apolloniis inſtitutis aliunde ſciri & dignoſci poſſit, vtrum ex iis priore loco inſtitutum dominus voluerit , vtrum ſecundo. Eius namque inſtitutio qui ſecundo loco ſcriptus fuerit omnimodo impedietur, licèt ſolus ſuperſtes ſit eo tempore quo tabulę aperiuntur,Illius verò de quo priùs ſcribendo teſtator ſenſit,inſtitutio defendetur,at non omnimodò,ſed ita demum ſi apertarum tabularum tempore ſuperſtes reperiatur, ſiue ſolus,ſiue cum conſeruo.Nam lege Ælia Sentia quę de libertatibus in fraudem creditorum datis lata fuit, ita cautum eſt , vt ſi duo pluréſve ex eadem cauſa id eſt in fraudem creditorum heredes ſcripti ſint, vti quiſque primus ſcriptus eſt,heres ille ſit *l.qui ſoluendo* 60. *D.eod.tit. De hered.inſtit.* *L.qui ſoluendo 60.eo.ti. De hered. inſtit.*

ILLATIO II.

De seruo cui fideicommissaria libertas debebatur instituto posteriore loco.

SEcundò ex eodẽ Principio fit vt si is qui soluendo nõ est, primo loco Stichum, secundo eũ cui ex causa fideicommissi libertatem debet liberũ & heredẽ instituerit, secũdo loco scriptus & liber & heres esse debeat *l. si is qui soluendo 55. eod. tit.* vbi rationẽ Paulus reddit quia non videtur hic fraudandorum creditorum causa manumissus, quippe qui eã libertatem acceperit, quã à testatore etiam inuito poterat extorquere *l. si seruo 84. eod.* Cuius rationis sensus ex eo petẽdus est quod proxima illatione diximus, Neque permissam esse lege Ælia Sentia, neque permitti debuisse institutionem necessarij heredis in fraudem creditorum nisi quatenus necesse est, vt defuncti famæ & existimationi consulatur, ne ciuis romani bona puplicè distrahantur, Nihil autẽ necesse est quoties alius ex eodẽ testamẽto heres futurus est, licèt non tã ex liberalitate testatoris quàm ex causa fideicõmissi ab ipso testatore debiti libertatẽ sit consecuturus. Nã quod proximè diximus lege Ælia Sentia cautũ esse vt si duo pluresve heredes scripti sint ab eo qui nõ erat soluẽdo, vti quisque primus heres scriptus est, idẽ heres sit *l. qui soluẽdo 60. eo. ti.* tũc locũ habet cùm omnes scripti sunt ex eadẽ causa, vt lex ait, hoc est quomodo interpretati sumus, in fraudẽ creditorũ, nõ itẽ cùm vnus in fraudẽ, alius ex causa fidei cõmissi manumissus est. Sunt enim causę istæ diuersę, & vna quidẽ iniusta & illicita regulariter, alia verò semper iusta & licita, quã idcirco præualere mirum non est, etiã inuito ordine scripturę quẽ suprà diximus attendi nõ debere quoties repugnat ordo iuris aut volũtatis, sed tunc tãtùm cùm aliud nihil est quod melius dici possit ex *l. quoties 34 in prin. D. de vsufr. l. cùm pater 77. §. fidei tuæ de legat. 2. l. quidam* 14 *De pecul. legat. l. generaliter 24. §. quid ergo 17. D. de fideic. libert.* Sed tamen hoc ipsum quod dicimus eũ qui secundo loco ex causa fideicõmissi liber & heres scriptus est solũ liberum & heredem fore, ita accipiendum est si heres ipse esse velit, non etiã vt inuitus & necessarius sit heres: In illa nãque quæstione, an ex eiusmodi testamento necessarius hic fieri deberet, placuit humanius esse, & æquitatis ratione magis subnixũ, vt non fieret necessarius: Qui enim etiã inuito defuncto libertatem poterat extorquere, is liber esse iussus non magnũ beneficiũ videtur consequi à testatore, immo nihil commodi sensisse, sed magis debitam sibi accepisse libertatem, vt idem Paulus ratiocinatur, *in d. l. si seruo* 84. *eo. tit. De her. inst.* Addens casum hunc similem esse illi in quo testator heredem instituerit seruũ quem ea lege emerat vt manumitteret. Nã & hic seposito beneficio testatoris proprio iure poterat ad libertatem peruenire ex constitutione Diui Marci. Quod cùm ita sit, non abs re mirari quis possit, cur Paulus dicat hanc sententiã ex humanitate & ęquitate receptã esse, Ita innuẽs ex summo iure aliud probari debuisse. Et sanè ita est. Iuris ratio suadere videbatur, vt hic necessarius heres esset, quia verũ est fuisse illũ manumissum à testatore siue ex causa fideicõmissi, siue ex cõtractus lege libertas deberetur. Vnde & perinde patronus est qui ex causa fideicõmissi manumittit, aut qui, ob non impletã à se cõtractus legẽ inducit potestatẽ cõstitutionis, atque si vltro ipse & spõte manumisisset, quãuis nõ in omnibus pro patronis habeantur, vt suo loco tractauimus

Marginal notes: *L. si is qui soluendo 55. eod. tit.* — *L. si seruo 84. eod.*

mus ex *l.is quoque 9.& seq.*D.*de in ius vocand.l.in eo iure* 45.*D. de rit.nupt.l.3.* §.1.*De suis & legit.l.si quis hac* 13.§.1.*De oper. libert.l.qui ex causa* 29.*De bon.libert.* Sed tamen quia verum est non ex liberalitate, sed potiùs ex necessitate factam huiusmodi manumissionem, æquitas certè non patitur, vt necessarius heres esse debeat & inuitus hic, qui ab inuito manumissus fuit. Nam neque alia ratio est propter quam inductum sit ius & nomen necessariorum heredũ,id est vt defuncti ciuis romani fama & existimatio per serui eiusdémq; heredis ignominiã redimeretur,quàm quòd non sit dubitãdũ, quin ei qui seruus alioqui mansurus erat iucũdissima sit libertas, etiam quæ, vt Theophil.ait infamiæ & ignominiæ precio comparetur: quandoquidem si seruus maneret non magis famæ & existimationis,quàm infamię & ignominiæ capax esset, quippe qui caput nullum in ciuitate habere intelligitur *l.3.§.vlt.& l.seq.*D.*de caput.minut.*quæ ratio in eum non cadit qui libertatem sibi alieno beneficio sine infamia relictam & debitam ab inuito debitore possit extorquere.Quid enim est quod de suo videatur reliquisse, qui quod reliquit,omnimodo reddere debuit?Inquit Papin.*in l.vnum ex familia* 67.§. 1.*de legat.*2.Idque adeò verum est vt si is cui fideicommissaria libertas nõ nisi sub condicione debebatur,medio tẽpore à debitore liber purè & heres esse iussus sit,fiat quidem interim heres necessarius, sed tamen posteà existente condicione fiat ex necessario voluntarius,non vt heres esse desinat, sed vt in eo ius mutetur successionis.Inquit Vlp. in *l.3.§. qui fideicommissam de hered. instit.* Quid igitur si hic secundo loco heres scriptus cui libertas ex causa fideicommissi debebatur, & quem Paulus ex Neratio scribit solum heredem fore,nolit heres esse? An eo saltẽ casu alius primo loco & liber & heres esse iussus,heres erit necessarius?Ita puto.Non enim aliter satisfieri possit proposito legis Æliæ Sentię quod illud vnum fuit vt ciui romano morienti nõ soluendo heredem daret,& quidem necessarium si alius aut necessarius aut voluntarius nullus esset, Tametsi ea ratione contingeret vt creditores fraudarentur,Quasi honesto cuique viro sit honesta ratio quælibet redimẽdæ existimationis,sicut dici solet redimẽdi sanguinis honestam esse quamlibet rationem *l.1.De bon.eor.qui ant.sent.l.vlt.De prauar.l.transigere* 18.*C.de transact.* Atqui heres non est,neque pro scripto habetur qui heres esse non vult, nisi cùm est necessarius.Neque repugnat Paulus in *d.l.si is qui* 55.Illa enim verba *secundo loco scriptum heredem fore*,de illo duntaxat possunt accipi qui heres esse velit,non de illo qui neque velit,neque velle cogi possit.

L.vnum ex familia 67. §.1.de leg.2.

L.3.§.qui fideicommissam D. de hered.instit.

ILLATIO III.

De seruo necessario herede instituto qui habet liberum hominem substitutum.

TErtiò ex eodem Principio fit,quod idem Paulus tractat in *l.si is qui* 57. *eod.tit.De hered.instit.* Si is qui soluendo non est seruum cum libertate heredẽ instituerit,& liberũ hominẽ substituerit,ante incipiẽdũ esse à substituto:id est nõ priùs liberũ fore seruũ qui in fraudẽ creditorũ manumissus est quàm substitutus hereditatem repudiauerit,Itaque quamuis dici soleat substitutionẽ nihil aliud esse quàm secundam,aut quod idem est,secundi heredis institutionem,vt Caius in instit.diffinit; sitque præposterũ & cõtra iuris cõmunis regulas,non quidem,vt testamentum incipiat à substituto hoc est à secundo gradu cùm primus gradus non valet(id enim vulgare & ordinarium est *l. si posthumus* 14. *§. quod vulgo* D. *liber. & posthum. sicut &*

L. si is qui 57. eod. tit. De hered. instit.

vt substitutio euadat in institutionem *l.cùm ex filio 39.§.vlt.De vul. & pupill. subst.)* sed vt regressus fiat à secundo gradu ad primum, vtque substitutus habeatur pro primo instituto, & cõtrà, primò institutus pro substituto *l.quãdiu institutus 69.De acquir.hered.* In proposito tamen id euenit, quia testamentũ ita incipit à secundo gradu, vt primus nõ tã rescindatur quàm suspẽdatur. Rationẽ verò Paulus reddit, quoniã lex Ælia Sẽtia ita demũ ei qui in fraudẽ creditorũ heres scriptus est conseruat libertatem si nemo alius ex eo testamento heres esse potest. Atqui potest hic heres esse substitutus, qui scilicet institutus est sub illa condicione, si seruus primo loco scriptus non erit heres. Quæ condicio licet in necessario herede non contineat casum illum specialem *si heres esse nolet* quem interpretes appellant casum voluntatis, sed tantummodò casum impotentiæ, id est, *si heres esse non poterit* hoc vnum tamen sufficit vt substituto hereditas ex substitutione deferatur. Verum enim est heredem nec esse, nec posse esse seruum, cuius libertas per legem Æliam Sentiam impeditur, At quia non aliam ob rationem impeditur, quàm quòd incipiente testamento à secundo gradu possit hic substitutus idémque liber homo, heres esse testatoris voluntarius, Inde fit vt si substitutus heres esse nolet (quod plerumque solet euenire cùm hereditas suspecta tantùm est, ac multò magis si non sit soluendo *l.4.D.ad SC.Trebell.*) seruus ille qui primo loco scriptus fuerat heres esse possit, quia iam verum esse incipit, alium ex eo testamento heredem esse nullum posse, atque ita cessare rationem quę ad eũ vsque diem faciebat, vt eius serui libertas impediretur. Simile propemodum est, quod dicere solemus, Non deferri successionem ab intestato quandiu aliquis ex testamento heres esse potest *l.quandiu potest 39.De acquir.hered.l quandiu possit 89.De regul.iur.l.antequam 8.C. commun. de success.* & tamen aliquando contingere vt legitimo priùs quàm scripto heredi deferatur hereditas, Vt puta si quis testamento heres ita instituatur *Si legitimus heres meam hereditatem vindicare nolet.* Nam quemadmodum deficit condicio testamenti illo vindicante, Sic è contrario existit illo non vindicante, atque ita heres testamentarius non nisi post delatam legitimo hereditatem admittitur *l.si quis ita 82.De hered.instit.* quia hoc casu testator non tam ab initio intestatus decedere, quàm sub eiusmodi cõdicione testamentarium heredem scribere voluisse intelligitur, Vt & in illa non ineleganti specie *l.potest quis 56.eod.tit.* id est ita cõcepta heredis institutione *Si intra septuagesimum annum decessero ille mihi heres esto.* Hoc ipsum autem mirificè confirmat quod superiore illatione diximus, Si is qui soluendo non erat primo loco Stichum, secundo eum cui ex fideicommissi causa libertatem debebat liberum & heredem instituerit, non aliter Stichi libertatem impediri per legem Æliam, quàm si secundo loco scriptus heres esse velit. Nam cùm non magis sit necessarius is qui ex causa fideicommissi per testamentum manumissus est, quàm si esset liber homo, non video quænam dissimilitudo vel dissimilitudinis ratio reddi possit inter eum & liberum hominem substitutũ. Nec quid aliud sit quod ait Paulus *in d.l.55. secundo loco scriptum heredem fore* quàm id ipsum quod idem scribit *in d.l.57. antè incipiẽdum à substituto.* Vt scilicet vtroque casu incipiatur, à secundo gradu si secundo loco scriptus heres esse volet, sed illo tamen recusante fiat

L.quãdiu institutus 69. D. de acq. hered.

L. quandiu potest 39.eo. l. quandiu possit 89. de reg iu.l. antequàm 8. C.commun. de success.

L.si quis ita 82.D.de hered. instit. L.potest quis 56 eod.tit.

fiat regressus ad eum qui primo loco fuerat institutus, perinde futurum heredem necessarium atque si ab initio solus institutus fuisset, tanquam cuius institutio per legem Æliam Sentiam nō tam præcisè & absolutè rescissa fuerit, quàm interim suspensa, Vt non absurdè possit is videri & dici statuliber, quandiu incertum est an secundo loco scriptus hereditatem agniturus sit, necne, *arg. l. 1. in fin. D. de statulib.* Sed & obseruandum illud est quod Paulus noster *in d. l. 57.* sic loquitur vt dicat legem Æliā Sentiā conseruare non dare libertatem ei qui etiā in fraudē creditorum institutus est, si alius nemo heres ex eo testamēto futurus sit, vt intelligamus verū esse quod supradictum fuit, libertates quāuis in fraudem creditorum datas non egere auxilio legis vt valeant, exceptis scilicet testamētariis, quę vt valeant, sicut & cætera omnia quæ ad supremæ volūtatis causam pertinent, indigent confirmatione legis duodecim tabularū, vt Vlp. in fragment. scribit *tit. 1.* Sola lex Ælia Sentia fecit & induxit vt non valeāt sed rescindantur quæ in fraudem creditorū datæ sunt, siue inter viuos, siue in vltima volūtate, atque ita obstitit ne ex eo tēpore lex duodecim tabularum potuerit confirmare testamentarias fraudandorum creditorum causa datas. Quo iure sic inducto necesse fuit eadem lege conseruari libertates quas eodem ipso casu fraudatorum creditorum valere pateretur. Conseruari, inquā, non confirmari, quia earum confirmatio fit ex iure communi per legem duodecim tabularum, non autem per legem Æliā Sentiā quā sufficit libertatibus non obstare, easque non rescindere vt ius antiquum habere locum possit in casibus noua lege exceptis. Quod autē *in d. l. 57.* Paulus ita scribit, *si nemo alius ex eo testamento heres esse potest*, caue ne sic intelligas vt ad impediēdā serui primo loco instituti libertatem satis sit quòd is qui secundo loco scriptus est, heres esse possit si velit, si proponas liberum hominem esse qui fuerit substitutus, siue seruum cui libertas vel ex fideicōmissi causa vel ex prioris domini contractu debeatur. Id enim pugnaret cum eo quod iā constituimus & probauimus, non eo minùs necessarium fore si alius secundo loco scriptus quisquis tādem ille sit heres esse vel noluerit, vel non potuerit. Debent igitur supradicta verba sic intelligi acsi scriptum esset *si nemo alius ex eo testamento heres extiterit*, vt Iustinianus in hoc tit. loquitur. Verba nāque legis Æliæ Sentiæ cum effectu sunt accipienda *d. l. 1. in fin. D. de statulib.* Maximè verò vt tanto strictior fiat interpretatio ad rescindendas libertates, cùm ex hac parte non possit ea lex non esse odiosa, quippe quę non solùm libertatibus, sed etiam iuri communi aduersetur, Quemadmodum è contrario fauorabilis videri debet ex alia parte, qua conseruat libertates iure communi, legisque duodecim tabularum potestate subnixas, ideóque ampliorem ex hoc latere admittens interpretationem *l. hoc modo 64. §. 1. D. de condic. & demonstr.*

L. 1. in fi. D. de statulib.

d. l. si is qui 57. D. de hered. instit.

ILLATIO IV.

De casu singulari in quo potest quis heres esse necessarius eius qui soluendo non fuit etiam alio herede existente.

QVartò ex eodem Principio fit vt valde nouus & singularis casus sit ille qui ex Caio proponitur in *l. ei qui soluendo 88. De hered. instit.* sumptus ex eiusdem Caij libro singulari De casibus. Ei qui soluendo non est, inquit

L. ei qui soluendo 88. eo. tit.

lex, aliquo casu euenit vt & seruus cum libertate heres existat, & alius præterea heres adiiciatur. Veluti, si seruo cum libertate herede instituto, ita adie ctū sit, *si mihi Stichus heres erit, tunc Titius quoque heres esto*. Nam Titius antequā Stichus ex testamento heres extiterit esse ipse heres nō potest, cùm existentia illa, vt ita dicam, necessarij heredis posita in condicione institutionis Titianæ, tanquam alia quæuis condicio expectanda sit, non secus acsi scriptum ita esset, *Si Seius heres erit Titius heres esto. Seius heres esto l. 3. §. si quis ita eod. tit.* Porrò cùm semel heres extitit seruus, non potest adiectus Titius efficere, vt qui semel heres extitit desinat heres esse. Tritum enim est eum qui semel heres fuit, semper heredem manere & perseuerare *l. ait prætor 7. aliàs l. etsi sine §. sed quod Papinianus D. de minor. l. ex facto* 43. §. *vlt.* D. *de vulg. & pupill. subst.* Ex quibus locis intelligimus nec per legem fieri posse vt qui semel fuit heres vnquā esse desinat. Nā si lex id facere posset, faceret vtiq; hoc casu, cùm in fraudem creditorum seruus heres scriptus & manumissus est alio voluntario herede existente. Item cùm indigno & ei qui in fraudem legum tacitam fidem accōmodauit aufertur hereditas *dict. l. ex facto §. vlt.* Sed & ex senatusscōsulti Trebelliani exemplo id ipsum intelligi potest. Nā quod dicimus heredem rogatum de restituenda hereditate etiam post factam restitutionem nihilominùs heredem manere *§. restituta infr. De fideic. hered.* nō ex eo fit quod fideicommissarius per senatusconsultum Trebellianum heres fieri non potuerit (nec enim ambigitur Senatum & ius & legem, & consequenter heredem facere potuisse) sed quia non potuit Senatus facere, vt vel vni duo in solidum heredes essent, vel heres perpetuò non maneret qui semel heres fuisset, vt alio loco fusiùs à nobis tractatum est, Adeò autem verum hoc est, vt si is qui libertatem fideicommissariam accepit sub condicione, posteà purè ab herede cum libertate heres instituatur, atque ita libertatē & hereditatem consecutus heres necessarius factus sit, existente tandem condicione volūtarius heres efficiatur quidem, sed ita vt non desinat heres esse, at vt ius in eo mutetur successionis, vt Vlp. scribit *in d. l. 3. §. qui fideicommissam De her. inst.* hoc est vt ex necessario herede fiat voluntarius. Sed de tota hac quæstione cæterisque ad ius necessariorum heredum pertinentibus, dicemus latiùs ad *Tit. De hered. qualit. & differ. infr.*

L. 3. § si quis ita eod. tit.

Lex non potest facere vt qui semel heres fuit vnquā esse desinat. L. ex facto 43. § vl. De vulg. & pupill. substit. §. restituta Inst. de fideic. hered.

PRINCIPIVM IV.

De auctionis infamia.

Init. huius tit.

INfamię, ignominiæ & iniuriæ species quædam est pati bonorum venditionem publicam, & sub hasta, non quidem vt ipso iure infamis fiat hic cuius bona publicè distrahūtur, sed vt eius fama & existimatio saltem apud bonos graues & honestos viros oneretur. Id enim est quod Iustinianus hoc loco scribit lege Ælia Sentia rectè prouisum esse vt etiam in fraudem creditorum possit debitor vnum ex seruis suis testamento manumittere ac necessarium heredem habere, Ne alioqui adficiatur iniuria si post mortem suā vrgentibus creditoribus bonorum suorum venditionem pati cogatur. Nam si ea res defuncti iam hominis existimationem suggillat, quanto magis viui? Ratio autē huius Principij illa esse videtur, quòd is cuius bonorū vēditio publi-

blicè fit nō possit carere suspicione malę vitę, decoctionis, imprudentię, cùm vix sit vt tale quid vnquam accidat bono patrisfamilias qui sit frugi, quique bene ac honestè perpetuò viuere didicerit, & rationem illam ex qua homo æstimatur, prudentiæ artibus excolere. Quid autem turpius homini quàm sic vixisse, vt iis etiam viuendi principiis caruisse videatur, sine quibus nec homo dici possit?

ILLATIO I.

De permissa serui necessarij institutione etiam in fraudem creditorum.

EX hoc Principio primùm illud factum est quod modò diximus, vt lex Ælia Sentia permiserit necessarij heredis institutionem etiam in fraudem creditorum.

ILLATIO II.

De antiquitate iuris instituendorum heredum necessariorum.

SEcundò ex eodem Principio fit vt etiam extra casum legis Æliæ Sentiæ & ante eam legem inductum fuerit ius & nomen necessariorum heredū. Ita enim semper & iam inde ab initio confirmatorum per duodecim tabularum legem testamentorum comparatū fuit, vt qui suspectas habebant suas facultates, licèt reuera soluendo essent, talésque vel mortis, vel aditę hereditatis tēpore reperiri possent, seruū suū primo aut secundo, aut etiā vlteriore gradu heredē scriberēt, vt si creditoribus satis nō fieret, potiùs heredis quàm ipsius testatoris bona vel possiderētur à creditoribus, vel venderētur, vel inter eos diuiderentur, quemadmodum Iustin. scribit in *princip. tit.* *De hered. qualit. & differ.* Itaque lex Ælia Sentia nō induxit vt possit seruus cum libertate heres institui, atque ita necessarius heres fieri, sed quod antea generaliter & indistinctè iam obtinebat vt quoties & quot vellet testator ex seruis suis heredes sibi necessarios facere, posset etiā in fraudem creditorum, ea lex ita temperauit, & restrinxit vt si ea institutio fieret in fraudem creditorum, non ampliùs quàm vnus seruus posset institui, & quidem ita si nemo alius ex eo testamento heres existeret.

Tit. de hered. qualit. & differ.

ILLATIO III.

De beneficio abstentionis indulto suis & necessariis heredibus.

TErtiò ex eodem Principio fit vt suis heredibus qui etiam necessarij sunt iure ciuili prætor indulserit beneficium abstentionis, de quo in *l. necessariis* 57. D. *de acq. hered.* Filij nāque pudori parcēdū fuit, vt patris potiùs quàm ipsius filij bona venirēt, vt eleganter loquitur Iauolenus in *l. paterfamilias* 28. *vers. respondit* D. *de reb. autor. indic. possid. alias l.* 13. *De priuileg. credit.* quia filius suus heres perinde ciuis romanus est, statúmque & caput in ciuitate habet, atque pater, Nec quòd à patre vitam habet, facere debuit vt pro patris debito posset ipsius existimatio lędi, sicut nec eius libertatē infringere pater potuisset *arg. l. vlt. C. de patr. potest.* In eóque vno consistit beneficium

L. necessariis 57. *D. de acq. hered.* *L. paterfamilias* 28. *ver. respōdit D. de reb. autor. indic. possid. alias l.* 13. *D. de priuileg. credit.* *L. vlt. C. de patr. potest.*

abstentionis,& priuilegium quod hac parte habent sui heredes à prætore,vt scilicet sub patris non sub filij nomine paterna bona per paternos creditores distrahantur. Nam si id tantùm prætor ageret,vt quę bona suo heredi aliunde quàm à patre obuenissent,ea pro paternis debitis distrahi nō possent, non plus iuris hac parte haberent filiifamilias quàm serui heredes instituti, quia nec serui necessarij heredis bona patroni ære alieno distrahi permittit prætor si quid ille aliunde sibi acquisierit, tametsi bona defuncti non sufficiant creditoribus,vt Iustin.ait *d.tit.De hered.qualit.& differ.§.1.* Inducto scilicet in eam rem beneficio separationis, si modò necessarius heres bona patroni non attigerit, id est vltrò & sponte ea tractauerit, adeò vt non solùm quicquid posteà acquisierit ei separetur,sed etsi quid ipsi à testatore debebatur.*l.1.§.vlt.D.de separat.* Quàm autem diuersum sit beneficium abstentionis à beneficio separationis,non tantùm ex filiorumfamilias qui liberi sunt, & seruorum differentia intelligi potest,sed ex ipsa quoque nominum diuersitate. Abstentionis enim nomen ostendit ex eo beneficio non solùm bona filij separari à bonis patris ne pro ære alieno quod patris fuit distrahi possint,sed neque permittendum creditoribus paternis vt bona paterna distrahãt sub nomine filij qui ab iis abstinuisse proponatur. Abstinet autem se hoc ipso,quod ea & non attingit & declarat nolle se attingere. At separationis beneficium nihil aliud necessario heredi tribuit nisi vt propria bona possit habere,ab hereditariis separata, nō etiam vt ab hereditariis abstinere possit, quamuis nec ea attingere compellatur. Indéque nimirum fit, vt licèt seruus idémque heres necessarius impetrauerit beneficiũ separationis ob id quod bona domini nondum attigerit,nihilominùs sub ipsius nomine bona domini distrahi sit necesse, quia separatio facere non potest quin bona defuncti sint bona heredis etiam inuiti,cùm non habeat ius & beneficium abstinendi,licèt faciat vt bona heredis necessarij non sint bona defuncti. Idémque erit si ponas minorem illum annis vigintiquinque attigisse bona hereditaria, ex eáque causa beneficio ętatis impetrasse restitutionem ad obtinendam separationem bonorum *l.ait prætor 7.§.non solùm de minor.*

Beneficiũ separationis.

L.1.§.vl.de separat.

L.ait prætor 7.§.non solùm D. de minor.

ILLATIO IV.

De bonorum cessione.

QVartò ex eodem Principio sumitur ratio dubitandi ad *l.debitores 11. C. ex quib.caus.infam. irrog.* vbi scriptum est debitores qui bonis cesserint non fieri infames,licèt ex ea causa bonorum venditionem patiãtur. Videbãtur enim hoc ipso fieri infames saltem infamia facti vt nostri loquũtur,id est ex bonorum & grauium virorum sola opinione ęstimanda. Sed tamen aliud est,quia bonorum cessio fit ex beneficio legis Iuliæ *l.4.C.qui bon.ceder. poss.* quod autem tale est vt lege permittente fiat excusationem potiùs quàm pœnam vllam meretur *vul.l.Gracchus 5.C.ad leg.Iul.de adulte.* Etsi quod scriptum est in *d.l.debitores* ad iuris magis quàm ad facti infamiã pertinere videtur. Nec enim aut lex Iulia aut alia vlla ciuilis constitutio facere potuit vt opprobrij,iniurię,ac ignominię nota omnino careat cessio bonorum nō solùm quam decoctio præcesserit,sed & alia quęlibet quamuis expressim constitutum sit vt non minùs salua existimatione debitoris, quàm omni cruciatu corporali semoto fiat *l.vlt.C.qui bon.ceder.poss.* Iuris siquidem infamia in legislatoris potestate est, Infamia facti non item. Quare & Iustinianus ipse *Nouell.4.De fideiuss.cap.3.ad fin.* tractans de cessione bonorum ita

L. debitores 11. C. quib. ex caus. infam. irrog.

l.4.C. qui bon. ceder. poss.

L. vlt. eod. tit.& l.pen. Nouell. 4. cap.3.& Nouell.135.

ita scribit *quod cum iniuria & effectu acerbo produceret debitorem. Et Nouell.135.* cuius ti.est *Ne quis cogat.bon.ceder.*fatetur idem Iustin.ad ignominiosam vitã traduci eum qui bonis cedere cogitur,licèt ex accidenti non ex supina negligentia res suas amisisse proponatur. Et ibidem paulo pòst *cum inopiæ iugo etidem ad mortem vsque premi opprobrio ignominiæ.* Vnde & miserabile auxilium ac beneficium vulgo appellatur , & flebile vt Iustinianus loquitur in *l.penul.& vlt.C.qui bon.ced.poss.* & consequenter humanior dicitur sententia quæ debitori dat inducias quinquennales ad soluendum,quàm quæ inuitum eum adigit ad faciẽdam bonorum cessionẽ *d.l.vlt.* Inde etiam est quod ait *l.propter 5.eod.* propter honorem municipalem vel munus non esse admittendam inuidiosam bonorum cessionẽ,id est quia ea res esset inuidiosa cùm honor municipalis sit administratio reipub.cum dignitatis gradu *l.honor 14. De mun.& hon.* Inuidiosa inquam, id est odiosa *l.nec quicquam 9.§. aduocatos De offi.procons.l.ad inuidiam 6. C.de his quæ vi,metúsve caus.* Inde denique quod etiam qui bonis cessit audiendus est si velit se defendere ne bona sua distrahantur,quandiu nondum sunt vendita *l.quem pœnitet 5. D. de cess.bonor.*

L. propter 5. C.qui bon. ced.poss.

L.quem pœnitet 5.D.de cess. bonor.

ILLATIO V.

De bonorum venditione facienda ex edicto contra latitantem.

QVintò ex eodem Principio fit , vt si quis latitet in fraudem creditorum bona eius à creditoribus primùm possideri , deinde etiam distrahi ex prætoris edicto in pœnã latitationis iubeãtur *l.7.§.1.& seqq.& pass. D. quib. ex caus.in poss.eat.cũ tit.seq.De reb. autor.iudic possid.* Vnde illud etiam est vt ei edicto locus non sit , siue quis latitet honesta aliqua de causa , non autem fraudationis gratia,puta si crudelitatem tyrãni quis timeat,aut vim hostium aut domesticas seditiones *d.l.Fulcinius 7.§.quid sit autem*,siue etiam fraudandi animo,dum ne fraudandorum creditorum causa *§.sed is qui ibid.*

L.7.§.1. & seqq. D. quib. ex caus.in poss. eat. & Tit. De reb. autor. iudic. possid.

De iis qui publicè venditas res per alium emunt.

ADeò autem publica bonorum debitoris venditio sub ipsius nomine facta existimationẽ,& pudorem onerabat , vt quod magis mirari quis possit,moris olim esset vt honestiores personæ ,si quando tale quid publicè vendebatur quod emere vellent,vel per interpositã personã emerent,nõ palam,Vel si palam ne fortè fraudis & simulationis suspicio interueniret,alterius tamen emptoris nomen subiicerent,nec sua nomina publicis instrumẽtis inscribi paterentur,vt Vlp.refert in *l.pupillus 5.§.sed si per interposuam & seq.D.de autor.& consens.tutor.* Ideò fortasse quòd ea res auaritiæ & cupiditatis nimiæ infamiam qualemqualem præ se ferre videretur.

L. pupillus 5.§ sed si per interpositã & seq. D. de autor.& consens. tut.

PRINCIPIVM V.

Defuncti bona fieri bona heredis per aditionem.

BOna defuncti ex quo tempore habet heredem siue voluntarium ,siue necessarium fiunt bona heredis , aut vt aliter dicam Hereditas de-

functi ex quo agnita est, desinit esse hereditas, fitque patrimonium heredis. Hæc enim ratio est propter quam inductum fuit ius habendi necessarij heredis, vt scilicet si creditoribus non satisfieret ea bona venderentur, quæ essent heredis, non quæ defuncti, quemadmodum in hoc tit. Iustinianus scribit. Alioqui nihil prodesset defuncto qui non soluendo decessisset quod necessarium heredem haberet, si nihilominus manerent bona defuncti, & tanquam talia publicè distraherentur. Huius autem principij ratio non est obscura, Nempe quòd heredis nomē nihil aliud quàm dominum significet *§.vl.infr. De hered.quali.& differ.* fieri autem per rerum naturam nullomodo possit vt eiusdem rei duo in solidū domini sint propter implicitā contradictionē cui causam dat distinctio dominiorū iure gētiū introducta vt diximus ad Prin. 4.*illat.5.sup.De iur.natur.gent. & ciuil.ex l.si vt certo 5. §.si duobus vehiculum D.commod* Quæ etiam ratio est eius quod habet iuris regula, Vni duos in solidum heredes esse non posse *l.quod contra 141.§.vni duo De regul.iur.* Et verò quomodo fieri posset vt defuncti bona postquàm heredi acquisita esset hereditas, remanerēt bona defuncti, cùm etiam priùs quàm adita hereditas sit, & ex ipso instanti mortis in nullius bonis res hereditariæ esse intelligantur? *l.1.D.de rer.diuis.* Hereditas quidem personam defuncti repræsentare dicitur *l.nō minus 31.§.vlt.De hered.inst.l.hereditas 34.de acquir.rer.domin.* Vel ob hoc ipsum ne res hereditariæ, tanquam quę nullius sint, fiant iure gentium occupātis, vtque dominiū quod defuncti fuit, remedio huius fictionis continuari possit in heredem, Sed nō ideò hereditas persona est, nec personę vicem ita gerēs, vt res hereditarię quę in bonis defuncti fuerūt, possint dici esse in bonis hereditatis, vtcumque sit, cùm hereditas non nisi defuncti personā repręsentet, apparet nō eo minùs posse dici bona defuncti quādiu heres qui ea sua fecerit nullus est, nec valde ista differunt, Esse defuncti, & esse nullius, cùm is qui defunctus est, iā nullus sit. Vnde & defuncti libertū dicimus esse nullius libertū, nisi quod hereditatis fictio efficit vt quod ad effectū illū iuris & cōtinuationis dominij persona defūcti etiānū viuere existimetur. Atqui inquies, si ex eo testamēto heres nullus sit, nec ab intestato, nec alius quisquā qui heredis loco sit, id est bonorū possessor, cōsequens est nec hereditatem quidē vllā esse, sed fieri bona vacātia, vt diximus ad Princip. 5. *De iur.natur.gent.& ciuil. illat.3.in fin.* Quomodo ergo aut qua ratione possunt dici bona defuncti, aut tanquam talia distrahi? Respondeo non distrahi tanquam bona quę sint defuncti, sed tanquam ea quæ aliquando defuncti fuerunt, quæ quamuis facta sint vacantia nemine hereditatem defuncti adire aut volente, aut valente, quia tamen fisco acquiri non possunt quoties soluendo non sunt, nihil aliud superest quod fieri possit vt creditoribus satisfiat nisi vt bona sub defuncti nomine vendantur *l.1.§.an bona D.de iur.fisc.* id est mentione facta debitoris qui non alius hîc nominari potest quàm is ipse qui defunctus est, quíque dum viueret debitor fuit, Quod vnum est ex quo defuncti ossibus & cineribus, vt suprà ex Theophilo diximus, ignominia irrogatur. Id verò non contingit aliquo, siue voluntario, siue necessario herede existente, quia quisquis heres est sicut hoc ipso fit dominus bonorum quæ anteà fuerunt defuncti ex potestate legis duodecim tabularum quæ hereditates omnes & testamentarias & legitimas confirmat, Ita & eiusdem legis potestate fit debitor eius ipsius quantitatis quam defunctus debuit. Proinde vendun-

§.vlt Infr. de hered. qualit. & differ.

l. quod contra 141. §. vni duo de regul.iur.

Bona vacantia.

L.1 §.an bona D.de iu. fisc.

duntur bona per creditores non modò tanquam bona facta heredis, sed etiam sub nomine heredis tanquam debitoris, nulla defuncti facta mētione, quia nec necesse est. Quę tamen etsi fieret, quomodo plerumque fit vt vel hoc ipsum sciatur cuius heres hic sit sub cuius nomine bona distrahuntur, nō eo magis defuncti existimatio oneraretur, cùm nihil vetet etiam locupletissimi debitoris inopem heredem, aut prodigum, aut imprudentem & negligētem adeò malè versari in hereditate, aut tam iniuriosum esse creditoribus, vt perinde ad bonorum distractionem veniendum sit, atque si defunctus nō soluendo & sine herede decessisset. Quod cùm euenit, solius heredis non etiam defuncti ignominia est. Nam & soluēdo decessisse intelligitur quisquis habet heredem *l.3. D. ad leg. falcid. l. libertus qui soluendo 36. D. de bon. liber.* Nō aliam ob causam quàm quia hoc ipso habet quem in locum suum substituat debitorem, & sub cuius nomine bonorum venditio facienda sit, Ita vt non nisi frustra possis quærere, an decesserit soluendo is qui amplius debitor non sit, & de cuius bonis distrahendis amplius tractari non oporteat.

L.3. D. ad leg. falcid. l. libertus qui soluendo 36. D. de bon. libert.

ILLATIO I.

Hereditatem omnem videri soluendo quæ habet heredem.

EX hoc Princ. illud primùm fit quod proximè diximus, vt videatur soluēdo esse hereditas quęcunque inuenit heredem *d.l. libertus qui soluendo 36. de bon. libert.* ac multò magis si inueniat emptorem *d.l.3. D. ad leg. falcid.* quia non potest inuenire emptorem quin priùs inuenerit heredem, cùm nō nisi ab eo qui iā heres sit, vēdi possit *l.2. De here. vel act. vend. D. & C.* Sed hoc olim & ex iuris veteris ratione verè dicebatur; Hodie nō item postquā ex Iustiniani constitutionibus in *l. vlt. C. de iur. delib. & Nouell. 1. De hered. & falci.* inductum est beneficium inuentarij, quo factū fuit vt heres agnoscendo hereditatē sibi delatā siue ex testamento, siue ab intestato, non idcirco fiat debitor nec teneatur creditoribus hereditariis nisi quatenus hereditatis vires patiuntur. Vnde illud etiā fieri necesse est, vt hereditatis & patrimonij à defuncto relicti vires inquiri & explorari perinde oporteat, acsi viuus ille bonis cessisset, vt in *l si pater tuus 3. C. qui bon. ceder. poss.* & consequenter vt ad satisfaciendum creditoribus hereditariis nō solùm ea bona quæ defuncti fuerūt vendi oporteat, sed etiā quod magis est, sub nomine ipsius defuncti, & tāquā bona defuncti, nō heredis. Nō q̄ is qui heres est cū beneficio legis & inuētarij minùs heres sit minúsq; debitor creditorū hereditariorū quàm si hereditatē simpliciter & absolutè agnouisset, scilicet ad modū & finem vsque facultatū in ea hereditate relictarū, sed quia beneficiū illud nō tātùm heredi prodest, verum etiam ipsius creditoribus, vt possint impetrare separationem bonorum heredis à bonis defuncti, non secus ac olim ea separatio ex prætoris edicto dabatur creditoribus defuncti aduersus proprios heredis creditores, ne bona defuncti qui soluēdo decessisset fierent nō soluendo per concursum creditorum heredis *l.1. & tot. ti. De separat.* De quo latè scripsimus in *Decad. De error. pragmat.* Facta enim separatione bonorum vrgētibus creditoribus heredis, quid aliud subsequi potest, nisi vt defuncti bona distrahi necesse sit tanquam bona defuncti non heredis, & sub defuncti nomine nō heredis? Qua de causa non malè vulgò creditum est beneficiū hoc nouū sicut heredi, ipsiúsq; creditoribus vtilissimū est, ita & defūcto iniuriosū videri, cuius fieri

L. libertus & d.l.3.

Beneficiū inuentarij ex l. vlt. C. de iur. delib. & Nouell. 1. De hered. & falcid.

L. si pater tuus 3. C qui bon. ceder. poss.

Beneficiū separationis ex l.1. & tot. tit. de separat.

ne pro ære alieno heredis, qui soluendo nō esset, bona defuncti possideri aut distrahi possent, nisi priùs dimissis omnibus iis qui defuncti creditores fuissent. Obstabat enim ratio iuris communis, quæ faciebat, vt non minùs iuris habere deberent proprij creditores heredis in ea bona quę defuncti fuissent, atque in cætera quæ ad proprium ipsius heredis patrimoniū pertinerēt, cùm per aditionem hereditatis desiissent esse defuncti, facta vt diximus, bona heredis: Et ita, vt non solùm creditores heredis cum hereditariis concurrere possent in eorū bonorū quę defuncti fuerāt distractione, sed illis etiā præferri deberent, si debiti causa priuilegio aliquo niteretur. Nam cùm titulus ille ad pignoratitios creditores non pertineat, quorū scilicet nihil interest cuius facta sint bona quę habēt pignorata, cùm pignoris persecutio nihil habeat cū iure dominij cōmune *l.1.§.cum prædium D.de pignor.l.vsucapio 7.C.eod.l.iusto errore 44.§.non mutat D.de vsucap.* át solùm ad chirographarios, qui nihil iuris habent in rem ipsam, sed tantùm in personam debitoris, nisi quatenus ex edicto prætoris permittitur illis vt eant in possessionem bonorum eáque distrahant *Tot.tit.quib.ex caus.in poss eat.& De reb.autor. iudic. possid.* Constat chirographariorum creditorum priuilegia non ex tempore æstimari, sed ex causa *l.priuilegia 32.ill. tit. De reb.aut.iud.possid.aliàs l.17.De priuil.credit.* Cur enim æstimarentur ex eo tempore quo nullum adhuc ius in bona ipsa sit acquisitū? Itaque creditoribus hereditariis prodesse non potest quòd videantur anteriores saltem quod ad ea bona pertinet quæ à defuncto ad heredem peruenerunt. Etsi enim fieri potest vt prius cōtraxerint cum defuncto quàm proprij creditores heredis cum herede, ac proinde vt eo saltem casu anteriores sint creditores. Id tamen ad personalem duntaxat actionem pertinet, non etiā ad bonorum persecutionem, quia in bonis debitoris chirographarij nullum ius habet creditor, nisi ex quo die in possessionem eorum ire à prætore iussus est: quo demum tempore iussu prætoris pignus constitutum esse intelligitur *l.non est mirum 26.§.1.D.de pigno.act.* quod porrò pignus non ei tantum creditori prodest qui postulauit mitti se in possessionem bonorum debitoris, sed cæteris quoque omnibus creditoribus etiam qui non postulauerunt, quasi non tam personæ solius petentis, quàm creditoribus omnibus & in rem permissum vt Paulus tractat in *l. cum vnus 12.D.de reb.autor.iudi possid.* Ideóque nec quidem ex eo tempore ius vllum prælationis, & vt loquūtur anterioritatis inter creditores induci potest: Et cōsequenter sola debiti causa superest quę inspici possit & debeat, an priuilegiaria sit necne. Nam quoties de priuilegiis creditorum siue pignoratitiorum, siue chirographariorum disputamus, non tam de iure & potestate obligationis aut actionis quęrimus quàm de ipsius effectu, id est ad exactionem magis respicimus quàm ad actionem. Sicut enim inanis dicitur, ac prope nulla actio quæ propter debitoris inopiam exactionis commodum habere nullum potest *l.nam is 6.D.de dolo.* ita nec quicquam prodesse potest creditori, quòd prior contraxerit, & sic priorem obligationē actionémque sibi cōparauerit, si nō eo magis futurū sit vt prior dimitti debeat ex precio, quod per vēditionē bonorū debitoris redigetur. Prior autem dimitti nō debet ex eo bonorū precio, qui prior neq; in iis bonis, neq; in ea bona ius vllum habuit, licèt habuerit in personā debitoris cuius bona fuerūt. Sed tamē quia iniquū esset ex persona creditorū heredis de quibus cogitari nihil potuit, deteriorē fieri cōditionē hereditariorū, qui nulla pignoris addita conuentione tāto magis

Differentia pignoratitiorum creditorum & chirographariorum.

Tit.quib ex caus.in poss. eat. &, de reb. autor. iudic. possid.

L.priuilegia 32.ill.tit. De reb.autor.iudic.possid aliàs l. 17. de priuileg. credit.

L.nō est mirum 26.§.1. D.de pignorat. act.

L.cùm vnus 12.D.de reb. autor.iudic. possid.

De priuilegiis creditorum.

defuncti fidem secuti sunt, nihil nisi patrimonium ipsius intuentes *arg.l.hinc quæritur 19.§.1.D.de pecul.* æquissimũ prætori visum est audiri eos postulãtes separationem, vt quasi duorum hominum bona vendantur, & defuncti heredisque creditoribus separatim tãtum præstetur quãtum redigi possit ex cuiusque patrimonij venditione *d.l.1.§.1.De separat.* Idque separationis nomen ipsum demõstrat. Præfert enim factã priùs confusionẽ bonorũ per aditionẽ hereditatis, quæ confusio nõ aliunde nascitur quàm ex eo quod bona quæ defuncti fuerũt facta sint heredis. Etsi huius quoq; confusionis rationẽ si quis volet altiùs repetere, dici poterit nasci eã ex personarũ, vt ita dixerim cõfusione, queẽadmodũ & aliàs ferè semper vsuuenire cernimus vt condicio bonorũ pẽdeat ex cõdicione personarũ *l.per curatorẽ 90.§.1.D.de acq.hered.l.vlt.C.de inof.test.* vtpote quarũ gratia res omnes à Deo Opt.Max.sint cõparatæ *l.vetus quæstio 68.D.de vsufr.l.in pecudũ 28.in fin.D.de vsur.* Nã per aditionẽ hereditatis fit confusio personarum antequàm bonorũ, cùm heredis persona eadẽ quæ defuncti esse intelligatur, indéque illa etiã cõfusio proficiscatur quæ omnẽ tollit obligationẽ, siue quid heredi à defuncto, siue contrà defuncto ab herede ex quacũque causa debebatur, quòd per rerum naturã fieri nequeat, vt idẽ sit sui ipsius & debitor, & creditor *l.Stichum aut Pamphilum 95.§.aditio D.de solut.l.heres à debitore 21.§.1.l.debitori 50.D.de fideiuss.l.debitori 7.C. de pact. l.vt debitum 5.C.de hered.act.* Eadem enim ratio facit vt bona defuncti fiant bona heredis, Alioqui non posset censeri heres eadẽ persona cũ defuncto, si quicquid defuncti fuit mortis tempore, idem post aditionem, heredis nõ esse intelligeretur. Obseruãdum tamen est in hoc differre separationẽ bonorũ quæ fit ex edicto prætoris ab illa quæ fit ex Iustiniani constitutionibus propter imploratũ inuẽtarij beneficium de quo suprà diximus, quòd quæ fit ex edicto nullatenus lædit defuncti existimationẽ, quã si læderet vel minimùm, credibile est non fuisse prætorem eam permissurum. Cur verò non lædit, inquies, cùm ea faciat vt defuncti bona separatim vendãtur, & quidem sub nomine defuncti, sicut euenit cùm implorato beneficio inuentarij bona defuncti distrahuntur? Nimirum quia quoties venduntur ob impetratã per creditores hereditarios ex edicto prætoris separationem, certum est vẽditionem fieri non ex inopia defuncti, & ob id quod decesserit ille non soluendo, sed propter factum & inopiã heredis qui ipse non souendo sit, & ob cuius inopiã æquum non sit vt iam diximus deteriorem fieri creditorum hereditariorum condicionem *d.l.1.§.1.de separat.* Porrò sicut dici solet ictum fustiũ non infamare, sed causam propter quã id pati quis meruit *l.ictus fustium 22. D.de his qui not.infam.* ita vt multò magis verum est, non tã venditionem bonorũ defuncti ipsam esse, quæ iniuriam & ignominiã adfert debitori quàm causam venditionis, hoc est si ob id venditio fiat, quòd debitor nõ sit soluendo. Nulla igitur hoc casu iniuria vel infamia defuncti ossibus & cineribus irrogatur, Nisi quod ei imputari adhuc potest cur heredem hunc scripserit, quem sciuit aut scire debuit soluendo non esse. In summa, separatio quæ fit per beneficium inuentarij, tota respicit fauorem heredis & creditorum ipsius, damnũ verò & incommodum non solùm creditorum hereditariorum, sed & ipsius quoque defuncti, licèt illorum principaliter, huius verò non nisi per consequentias. At quæ fit ex edicto prætoris tota respicit fauorem creditorum hereditariorum, damnum verò non tã heredis cuius nihil interest prorsus cui

priùs

Separatio bonorũ præsupponit confusionem. *De confusione quæ fit per aditionẽ hereditatis.* *l.per curatorem 90.§.1.de acquir. hered.*

l. Stichum aut Paphilum 95.§.aditio D. de solut.l.debitori 7.C.de pact. *Differentia quæ est inter beneficiũ inuentarij, & beneficiũ separationis.*

l.1.§.1. De separat.

priùs teneatur ex iis quibus omnibus æquè tenetur, quàm creditorum heredis qui per huiusmodi separationem excluduntur, ne quicquam sperare vnquam possint ex bonis defuncti nisi si quid fortè superfuturum est, hereditariis omnibus dimissis. Hæc enim differentia est inter creditores heredis & hereditarios, quòd heredis quidem creditores, si quid superfuerit ex bonis testatoris, possunt id habere in debitum suum, creditores verò testatoris ex bonis heredis, nihil *d.l.1.§.pen.De separat.* vbi ratio huius differētię illa redditur, quòd qui impetrauit separationem, sibi imputare debet suam facilitatem si cùm essent bona heredis idonea, maluerint illi bona potiùs defuncti sibi separari, Heredis autem creditoribus neque hoc, neque aliud quicquam imputari potest. Sed & è contrario longè deterioris cōdicionis sunt creditores heredis in eo quod separationem ipsi impetrare nunquam possunt, nec si in eorum fraudem adita hereditas proponatur, quia sibi imputare debent qui cum tali debitore contraxerint *d.l.1.§.quæsitum.* Nā & generaliter ita ius cōparatum est, vt liceat cuilibet adiiciendo sibi nouum creditorem prioris creditoris chirographarij deteriorē facere condicionem *d.l.1.§.ex contrario.* Estque in hanc rē perelegās nec obscura Pauli tractatio in *l.si creditores* 5.*eod. tit.* Tanta verò huius separationis potestas est vt si qua res hereditaria post aditam hereditatem ab herede obligata proponatur iure pignoris vel hypothecæ, licèt ipso iure valeat eiusmodi obligatio tāquam à vero domino qui pignorandi ius habuerit cōstituta, iure tamen separationis hypothecario heredis creditore potior sit creditor defuncti qui separationem impetrauit *d. l.1.§.sciendum.* Nempe quia facta quandocunque separatione bona defuncti pro eo habentur quod ad prætorem acsi heredis facta nunquam fuissent, Et ideo non habet prætor pignus pro constituto à domino, quod constitutum fuit ab herede contra quem impetrata est separatio, In eum siquidem statum separatio redigit omnia, vt ea confusio quam mero iure fieri diximus, pro nō facta censeatur. Loquimur autem de ea sola confusione quæ iuris potestate inducitur, quia si facti quoque confusio accessisset, permixtis de facto, vt loquuntur bonis hereditariis cū bonis heredis, ita vt separari nullomodo possent, frustra de separatione iuris quęreretur, cui factum ipsum ac rerum separandarum natura resisteret *d.l.1.§.præterea.*

d.l.1.§. pen. & §. quæsitum & §. ex contrario & §. sciendum & §. præterea.

L.si creditores eo.tit. De separat.

De beneficio separationis heredibus necessariis indulto.

ALia ratio est separationis illius, quæ ex eodē prætoris edicto necessariis seruis accōmodatur, & de qua diximus ad Prin. præcedēs *ill.3.ex d.l.1.§. vlt. De separat.* Illa enim nō creditoribus hereditariis datur, contra necessarij heredis creditores qui scilicet nulli esse possunt (nec enim aut seruus debere, aut seruo deberi quicquam potest *l.nec seruus* 41.*De pecul.*) sed heredi ipsi necessario cōtra hereditarios creditores, Non in id quidē vti ne ipsis teneatur tanquam heres defuncti, aut etiam ne bonorū defuncti tanquam suorum etiā sub suo nomine distractionem pati compellatur (id enim facere prætor non potuit nisi destructo necessariorum heredum nomine ac iure) sed vt à defuncti bonis separare possit bona sibi aliunde obuētura, ne à creditoribus hereditariis eo nomine inquietari possit, nec supra modū patrimonij, quod defunctus reliquerit conueniri. Abundè namque visum est sufficere creditoribus hereditariis debere si eadem ipsorum condicio foret quæ futura erat nullo necessario herede existente. Quo casu non aliorū bonorum venditionē

L.1.§ vlt. eod. tit. De separat.

L.nec seruus 41.D. de pecul.

vrgere potuissent, quàm quæ defunctus moriens reliquisset. Dices, Immò verò fieri deteriorem condicionem creditorum hereditariorum ex necessarij heredis institutione, quam suprà diximus in fraudem quoque creditorum ab illo etiã qui soluẽdo nõ sit fieri & posse & solere, Ob idq; ęquũ videri debuisse ita ius constitui, vt pro eo incõmodo vicissim aliquid cõmodi consequerentur, si cõtingeret bonorũ aliquid necessario heredi aliunde obuenire. Sed præter id quod nihil prohibet heredis necessarij nec vnius tantùm, sed & plurium institutionem fieri ab illo etiã qui sit soluendo, quo casu nemo dixerit fauorẽ creditorum qui non fraudantur facere debere vt eo minùs indulgendũ sit heredi necessario beneficium separationis, Responderi etiam potest iã satis durè cum necessario herede agi in eo, quod pro libertate quam ex eiusmodi institutione cõsequitur, publicæ bonorũ suorũ vẽditionis ignominiã pati cõpellitur, quæ vix alio quàm libertatis, vita ipsa charioris precio sit æstimanda, Nec propterea prohibendum eum accepta libertate proprium quicquam habere, cuius nomine à defuncti creditoribus cõueniri nõ possit.

De beneficio separationis dando heredi rogato de restituenda hereditate qui adiit compulsus.

TRactum etiam est idem prætoris edictum ad alias species, vtpute ad fauorem heredis rogati de restituenda hereditate, qui eã hereditatẽ quã suspectã dicebat adire cõpulsus, postea restituere nõ potuit deficiẽte persona cui restitui posset ex quibus casibus solet hoc euenire. Placuit enim non solùm ipsi desiderãti succurri sibi aduersus creditores hereditarios subueniendum esse, sed & ipsius creditoribus id desiderãtibus idem pręstãdum tacente etiã herede vt ipsis quasi separatio quędã pręstetur, vt scriptum est in *d.l.1.§. sed si quis suspectam.* Item ad causam castrensiũ bonorũ si fortè filiifamilias bona vęneãt qui castrẽse peculiũ habeat. Separãtur enim creditores castrẽses ab aliis qui cũ eodem debitore priusquàm militaret contraxerunt, itémque ij ex castrensibus quoque quorum pecunia in rem patris versa est à cæteris, hactenus vt castrense peculiũ inquietare non possint, quãdiu actione De in rem verso cũ patre experiri possunt *d.l.1.§. si filiusfamilias.* Quanquã vt liberè meo more dicã quod sentio, videtur mihi duplex ista edicti extensio, non solùm à sententia & proposito prętoris, iurisq; ratione aliena, sed aliis etiã plerisq; rationibus Triboniano magis quàm Vlpiano aliíve vlli ex antiquis nostris prudentibus accepto ferenda. Ac de priore quidẽ ne iã dubitare quisquã possit, ea facient quę in hãc rem fusissimè scripsimus *lib.18. Conect. cap.* 8. De posteriore verò sufficiet eos monuisse qui Vlpiani stylum tã dissimilẽ à Triboniano norunt, vt obseruent quibus verbis, quàm dubiis, & quàm parũ inter se connexis tota ea sententia concepta sit quę extat in *d.§. si filiifam.* Primùm enim proponitur quęstio quę cum pręteris edicto nihil prorsus commune habet, ac eo ipso modo qui Triboniano familiarissimus est, quoties in mediis prudentũ respõsis quò facilius nobis imponat, suas interserit quęstiones, *An separatio*, inquit, *fiat inter castrenses creditores caterósque videamus.* Statim autẽ nulla omnino interiecta ratione ne dicã ratiocinatione, quasi ex pręcedẽtibus bene quid inferens cõcludit, ille his verbis *simul ergo omnes admittẽtur.* Quorũ vtiq; alius sensus esse nõ potest, quàm vt simul cũ castrẽsibus creditoribus etiam non castrenses admittendi sint. Mox tamen quasi mutata sen-

d.l.1.§. sed si quis suspectam. De separat.

§ si filijfamilias eiusd. leg.

ſententia,ſed incertus tamen in vtra potiùs perſtare debeat,prorſúſq; inſulſa & prudentibus inſolita loquendi ratione ſubiungit *dũmodò ſi qui cũ eo contraxerunt antequàm militaret,fortaſſe debeant ſeparari.* Tandémque in hac opinione reſidet.Subiũgit enim *quod puto probãdũ.* Nec tamẽ ſibi ſatisfacit quin eãdẽ ſententiã repetat & inculcet cùm immediatè ita ſcribit, *Ergo,qui ante cõtraxerunt,ſi bona caſtrenſia diſtrahantur,non poſſunt venire cũ caſtrenſibus creditoribus.* Non enim ferre poſſum quod qui à putãt ita ſcriptum eſſe vt à deciſione vnius contrarij,alterius contrarij deciſio ſumatur. Nã prioris clauſulæ non illa ſententia eſt vt in bonis non caſtrenſibus creditores caſtrenſes non concurrant cum cęteris qui ante natum caſtrenſe peculium cõtraxerunt. Siquidem non potuit filius alia bona habere quàm caſtrenſia iure Pandectarũ, niſi fortè peculium profectitium in bonis filiifamilias cõputare velis,quod tamen cõmodè facere nõ poſſis,quia licet quodãmodo filij patrimoniũ exiſtimetur,magis tamẽ eſt patris,extra eũ caſũ quo ex Claudij cõſtitutione peculiũ filiofamilias ſeparatur,id eſt ſi patris bona nõ propter delictũ,ſed propter debitũ à fiſco occupata proponãtur *l.3.§ ſed vtrũ in fi.D.de minor.* cúmq; bonorũ peculiariũ venditio fit,non filij ſed patris bona vendi intelliguntur, quia pater ille eſt qui de peculio tenetur *l.patri 27.eod.* At neque peculiũ vllum eſſe intelligitur ex quo deſiit eſſe ſoluendo,ſi modò rei iudicatę tempore tale ſit *l.eo tempore 50.D.de pecul.l. Fulcinius 7.§.ſi quis actione D. quib. ex cauſ.in poſſ.eat.* Itaque quod ſcriptum eſt in *d. §. ſi filiuſfamilias*,de eo filiofamilias accipiendum neceſſariò eſt qui peculium aliud nullum habuerit quàm caſtrenſe quo tamen admiſſo non poſſis dicere quomodo fieri queat ſeparatio creditorum caſtrenſiũ & cęterorum,aut quis huiuſmodi ſeparationis effectus eſſe debeat,niſi ille vt caſtrẽſes totũ habeãt, cęteri omnino nihil.Quæ ſeparatio ſi ſic accipi debet,non bonorum eſt,ſed creditorũ,&conſequenter planè aliena à propoſito prętoris,qui ea edicti parte nõ niſi de bonorũ ſeparatione faciẽda cogitauit.Vnde & *tit.ille De ſeparat.* medius poſitus eſt inter illos *Quib.ex cauſ.in poſſeſ.eat.De reb.autor.iudic.poßid. De curat. bon. dand. Quæ in fraud.credit.* in quibus omnibus nõ alia de cauſa tractatur de iure creditorum quàm vt ſciri poſſit,quibus,quo ordine,& ex quibus bonis ſatisfieri oportere videatur.Prætereà cùm ſeparatio omnis,vt diximus, neceſſariò ſupponat pręcedentem confuſionem, quis neſcit, etiãſi idem filiusfamilias & peculium profectitium habeat,& caſtrenſe,nullã tamen idcirco fieri peculiorũ cõfuſionẽ,nec proinde vlli inducẽdę ſeparationi locũ eſſe?Nã in peculio caſtrẽſi paterfamilias eſſe intelligitur,in profectitio aut aduentitio nõ itẽ ex *l.2.D.ad SC.Maced.l.vlt.C.de inoff.teſta.* Peculiũ profectitiũ magis eſt patris quàm filij,ideóque & filio per patrem adimi quandocunque poteſt, dũ ne dolo malo & in fraudem peculiarium creditorum *d.l.3.§. ſeq.vtrum d.l.patri 27.De minor.l.peculium 40.D.de pecul.l.interdum 14.D.de in rem verſ.* At in peculio caſtrenſi nihil penitus iuris habet pater,neque viuo filio, neq; eo mortuo ſi de ipſo fuerit teſtatus *l.2. D.de caſtr.pecul.* Nec quod eadem perſona vtrumque peculium habeat inducit confuſionem peculiorum, cùm nihil vetet duplicis iuris peculium apud vnum eundémque aliquando eſſe *l.hinc quæritur 19.§.1.D.de pecul.* Quid ergo hic attinet de peculiorũ quę nũquã cõfuſa fuerint ſeparationę diſputare?Sed & quid abſurdius obſecro aut iniquius dici poteſt quàm quod Tribonianus cõcludit,creditores qui cũ filiofamilias antequàm militaret cõtraxerũt,cum cęteris creditoribus caſtrenſibus in ca-

L.3.§ ſed vtrum in fin. D.de minorib. l. patri 27.eod. l.eo tempore 50. D.de pecul.l.Fulcinius 7. §. ſi quis actione D.quib. ex cauſ. in poſſ. eat.

Ordo titulorum edicti pratoris in quibus dē creditorũ iure diſputatur.

L. 2. D. *ad* SC.*Maced. L.peculium* 40.*D.de pecul.l. interdum* 14. D. *de in rē ver. l.*2.D. *de caſtrenſ pecul. l.hinc quæritur* 19. §. 1. *D. de pecul.*

ſtrenſibus bonis diſtrahendis concurrere non debere? Nã ſi caſtrenſes creditores Tribonianus eos intelligit, vt puto (nõ enim memini alio loco ſic locutũ vllũ ex Iureconſultis) non qui ob cauſam ad caſtra pertinentẽ crediderint, ſed qui duntaxat contraxerint eo tẽpore, quo filiusfamilias iã militabat, quid cauſæ eſſe poteſt cur eorũ qui antè contraxerunt peior condicio eſſe debeat, cùm & bona fide contraxerint, & eius fidẽ ſecuti ſint, qui nunc & paterfamilias reperitur, & proprium habet patrimoniũ? An non enim & perſonã eius intuiti ſunt, quã ſciuerunt quãdiu viueret poſſe acquirere, vt Paulus ait in *l. ſi creditores* 5. D. *de ſeparat.* & conſequenter totũ ipſius patrimoniũ qualecunq; tãdem, aut vndecunque eſſet, vel futurum eſſet *d. l. hinc quæritur* §. 1. *De pecul.* Quæ ratio non minùs locũ habebit etiãſi caſtrẽſium creditorum appellatione velis eos intelligere qui non modò cum filiofam. milite, ſed etiam ex peculij caſtrenſis cauſa contraxerunt. Nã cùm nulla iuris parte proditum ſit huiuſmodi creditoribus cõpetere priuilegium ſiue tacitæ hypothecę ſiue prælationis, Cur melioris erunt condicionis quàm cęteri qui aut eodẽ aut etiã anteriore tempore contraxerint, & fortaſſis ex priuilegiaria cauſa? Sequitur apud Tribonianum, *Item ſi quid in rem patris verſum eſt fortè poterit & creditori contradici, ne caſtrenſe peculium inquietet, cùm poſſit potiùs cum patre experiri.* Æquè dubiè. Nec enim audet Tribon. affirmare poſſe cõtradici huic creditori quẽ ponit eſſe ex caſtrenſibus. Neque verò ratio vlla eſt propter quã denegãdũ ei ſit ne caſtrẽſe peculiũ inquietet cùm habeat debitorem eũ qui ſit dominus peculij caſtrẽſis. Quod enim pecunia in rem patris verſa proponitur, etſi obligat patrem actione De in rẽ verſo, nõ tamen efficit, quin filiusfamilias quoque obligatus ſit, & quidẽ in ſolidum. Quiſquis enim cũ filiofamilias contrahit, duos habet debitores, filium in ſolidum & patrem de peculio duntaxat, aut De in rẽ verſo *l. ſi quis cum filiofamilias* 44. *De pecul. l. tã ex cõtractibus* 57. *De iudic.* Nã & extra cauſam caſtrenſis peculij licet filiusfamilias patrisfam. iure non cenſeatur, tamen cùm cõtrahit obligatur perinde acſi eſſet paterfamilias, & ideo cum ipſo tanquã cum patrefamilias agi poteſt, *l. filiusfamilias* 39. *De obli. & act.* Sed neq; iuris ratio pati poteſt vt ob id ſolùm quod in rẽ patris verſum ſit debitum filiifamilias, teneatur pater de in rẽ verſo, niſi cũ filiusfamilias peculium habet à patre, & ex cauſa eius peculij cõtraxit. Cõſtat enim actionẽ de in rem verſo ſpeciem eſſe actionis de peculio, & edicti prętoris De peculio tria eſſe capita, Primũ generale De peculio, ſpecialia duo De in rem verſo, & Quod iuſſu *l. 1. D. de pecul.* At nec niſi ſubſidiaria eſt actio De in rẽ verſo, id eſt ita demũ cõtra patrẽ dãda, ſi filiusfamilias in peculio nihil habeat vel habeat quidẽ non in ſolidũ tamen *l. 1. De in rem ver.* Ergo ſi filiusfamilias peculiũ caſtrenſe habeat, nulla cauſa eſt cur ſolus pater & in ſolidũ de eo quod in rem ſuã verſum eſt prior conueniatur, quãdiu ex patrimonio filij vel in ſolidum, vel pro parte eidem creditori ſicut & cęteris ſatisfieri poteſt. Nec quod in rem patris verſum ſit facere debet vt deterior ſit condicio huius creditoris quàm cęterorum in proſequendo iure ſuo contra filiũ tanquã contra proprium debitorem, ſi qua fortè ex cauſa contra ipſum agere malit quàm contra patrẽ, quod euenire facilè poteſt quia plerũque & facti & iuris quęſtio incidit, An in rẽ patris verſum ſit necne, & oneratur probatione creditor qui agere vult cõtra patrẽ, vt ex iis ferè omnib⁹ legibus apparet quę ſunt ſub *tit. De in rem ver.* Denique prępoſterũ eſt vt pater prior De in rem verſo cõueniatur, deinde filius ipſe qui contraxit quiq; principaliter eſt obligatus,

L. ſi creditores 5. D. de ſeparat.

§. item ſi quid d. l. 1. eod. tit. De ſeparat.

L. ſi quis cũ filiofamilias 44. D. de pecul. l. tam ex cõtractibus 57. D. de iudic.

L. filiusfamilias 39. De oblig. & action.

Edictũ prætoris De peculio l. 1. ill. tit. De pecu.

l. 1. De in rẽ verſ.

gatus, si fortè pater aut soluendo non sit aut contra eã De in rẽ verso actionẽ iusta aliqua exceptione tueri se possit. Itaque vel vna hęc clausula facere posset ne dubitare amplius quisquã deberet quin tota hæc sententia Triboniani sit non Vlpiani. Adeò aliena est & à ratione iuris & à sententia prętoris in edicto *De separat.* rursúmque parũ elegãs in illis verbis *ne castrense peculiũ inquietet*, inepta etiã in illis sequentibus *cum possit potiùs cũ patre experiri*. Est enim omnino noua hæc forma excussionis faciendæ vt inuitus creditor contra eum qui nõ nisi accessoriè & subsidiariè obligatus est cogatur priùs & potiùs experiri quàm contra debitorẽ principalẽ siue soluendo ille sit siue nõ. Illud sanè constat si filius impubes patri heres extiterit, deinde impubes decesserit, & substituti bona veneãt qui impuberis hereditatẽ adierit, patris creditores separationẽ impetrare posse, itémq; impuberis creditores aduersus creditores substituti *d.l.1.§.itẽ videamus eo.tit.* Nihil enim refert an bona quę semel desierũt esse patris facta sint bona primi heredis, an etiã secũdi successiuè & ex ordine cùm vtroq; casu perinde desierint esse defuncti, cœperíntq; cõfusa esse cum bonis heredis, quæ confusio sicut iure ciuili separationem impedit, ita & ex æquitate prætorij edicti separationis auxilio similiter indiget vt paternis creditoribus quibus nihil imputari potest consulatur. Imò & legatariis quoque post creditores tamen, & quatenus eorum gratia ex bonis seruari potest post dimissos creditores *l.creditoribus* 4 §.1.*l.quoties* 6.*eod.* Hereditariarũ enim actionum loco habentur & legata, quãuis non à defuncto cœperint, quo demũ mortuo totũ testamentum cõfirmatur, sed ab herede, qui ea pręstare primus solúsque obligatur *l.hereditariarũ* 40.D *de obli.& act.* Illa siquidẽ heres debet prorsus eodem iure quo cętera quæ defunctus debuit id est tãquã heres nõ tãquã Titius & ex propria persona *l.nemo potest* 55.*De lega.* 1.§.1.*De leg.infr* Ex superioribus autẽ apparet vt totũ hũc De separationib' tractatũ absoluamus. Cur separatio dãda nõ sit creditorib' hereditariis qui fidẽ heredis secuti sũt, siue nouãdi animo ab iis stipulati fuerint, siue fideiussores, quãuis nõ idoneos ab iis acceperint, quia sibi debẽt imputare cur ad iuris rationem quę iã iis obstabat proprium consensum accõmodauerint, talémque debitorem talésve debitoris fideiussores elegerint *d.l.1.§.illud sciendũ & seq.* quæ ipsa ratio demonstrat non idem dicendum esse si personã heredis secuti sint ex necessitate, puta si iudiciũ ei dictauerint, id est contra eum hereditariã proposuerint actionem *l.fin.eo.ti.* non enim solet nouatio illa nocere, quę necessariò fit in iudicio per litis contestationem *l.aliã* 29.D. *de nouat.* ibi ratio redditur quòd nemo actionẽ exercendo faciat condicionẽ suã deteriorẽ, sed meliorẽ. Apparet itẽ cur ius petẽdę separationis nõ sit perpetuum, sed quinquennio finiatur à tẽpore aditionis numerãdo *d.l.1.§.quod dicitur*, Nimirum quia licèt auxiliũ prætorium videatur fauorabile maximáq; subnixum æquitate, tamen est etiam aliquatenus odiosum ex qua parte tollit potestatẽ aut potiùs effectum iuris commune quo induciturconfusio bonorum, ita vt bona defuncti facta sint bona heredis. Sed & si medio tempore vendita sit hereditas ab herede dummodo bona fide placet, non posse amplius peti separationem, vt Papinianus scribit in *l.2.eod.* rationem illam adferens quòd ea quæ bona fide gesta sunt per heredem medio tempore, id est ab aditione ad separationem vsque, rata haberi solẽt, id est ob impetratam ex postfacto separationem irrita non fiunt, puta si quid ex bonis hereditariis interim venditum alitérve alienatum proponatur, vt & in *l.quoties* 44.*D.de acquir.*

l.1.§. itẽ videamus De *separat.*

l. creditoribus 4.§.1.*l. quoties* 6.*eo.*
l. hereditariarũ 40.D. *de oblig. & act.*
l. nemo potest 55. *de leg.*1.

l.1. §. illud sciendum & seq.D.de separat.
l.fin.eo. tit.
l.aliam 29. *D.de nouat.*
l.1. §. quod dicitur D. *de separat.*

l.2.eod. tit.

*hered.*Hoc ipsum verò cur ita? Nempe quia vtitur heres suo iure cùm post aditionem disponit bona fide de bonis hereditariis, nescius an id animo agitent creditores hereditarij vt separationē petere velint, quod cùm ex sola ipsorū volūtate pēdeat, ignorari probabiliter potest. Sed tamē possit quis adhuc subobscurā putare supradictā Papiniani rationem. Quid enim vetat etiā rata manēte hereditatis venditione impetrari separationem siue contra ipsumheredē qui etiā post factam hereditatis venditionem nihilominùs heres manet, siue contra emptorē qui ex eo tempore incipit esse quodāmodo heredis loco. *arg. l. 2. §. cùm quis & pass.* D. *de hered. act. vendit.* Sed dicendū est heredem qui hereditatem vēdidit, perinde quidem manere heredē quod ad hoc vt ipse non emptor creditoribus hereditariis teneatur *l. 2. C. eod.* nec tamen contra eum peti posse separationem quia dominium bonorū proculdubio trāstulit in emptorem, neque rursum contra emptorē, quia licèt bona omnia teneat quę defuncti fuerunt, non habet tanquā bona defuncti, sed tanquā bona sui venditoris, id est facta iā heredis. Denique hoc vult Papinianus fieri nullomodo posse, vt bona defuncti iā vendita per heredē, distrahātur iterū postulātibus creditoribus hereditariis & inuito emptore qui non solùm dominus eorum factus sit, sed etiā ita dominus vt creditoribus hereditariis non magis teneatur quàm creditoribus heredis *d. l. 2. C. de hered. vendit.* nisi eorum actiones vltro suscipere sit paratus *l. 2. C. de pact.* Neque enim ambigitur æris alieni onus nō sequi singularē successorē, qualis est emptor hereditatis *l. æris alieni* 15. C. *de donat.* vt nec cæteras personales obligationes & actiones *l. vlt. §. 1.* D. *de cōt. empt. l. 1. §. si heres* D. *ad SC. Treb.* Est enim onus heredis ex potestate legis 12. tab. quæ de solis heredib' locuta ad alios porrigi nullomodo potest *l. 1. C. si cert. pet.* nec si & heres & emptor hereditatis & creditores hereditarij consentiāt *d. l. 2. C. de hered. vend.* Videbuntur fortasse ista omnia quę diximus de sententia illius Edicti De separationibus, ab instituto tractatu aliena. Sed tamen non ita est. Pendet enim tota eius interpretatio ex eo Principio quod nunc in manibus habemus, & ex hoc vno quod bona defuncti per aditionē hereditatis fiūt bona heredis. Supererat explicāda elegās illa Papiniani disputatio quę proponitur in *l. 3. eod. tit. De separat.* At quoniam à nobis alio loco fusissimè nec insubtiliter, vt arbitramur, tractata est, sufficiet locum hîc indicasse. Is est *lib. 7. Coniect. cap. 16.*

L. 2. §. cùm quis D. de hered. vel act. vendit.
L. 2. C. eod.
L. 2. C. de pact.
L. æris alieni 15. C. de donat.
L. vlt. §. 1. de contrah. empt. l. 1. § si heres D. ad SC. Trebell.
L. 3. C. si cert. pet.
L. 3. D. de separat.

ILLATIO IV.

De filio qui heredis iam defuncti tanquam absentis bona administrauit.

L. vlt. D. si pars hered. pet.

QVartò ex eodem Principio fit quod Papinianus scribit in *d. l. vlt.* D. *si pars heredit. petat.* Heredis ex parte instituti filiū qui patrem suū ignorabat viuo testatore decessisse, si nomine patris vt absentis hereditatem administrauerit & pecunias distractis rebus acceperit, negotiorū gestorū actione ab heredibus patris, à quo fortè exheredatus fuerit cōueniri non posse, quasi aut patris aut paternæ hereditatis negotia curauerit. Nā neq; fuerūt, inquit, negotia patris, qui iā esse desierat, neq; paternę successionis quę fuerūt alterius hereditatis. Quid ergo? Soliscoheredibus patris ad quos paterna portio spectat tenebitur nō quidē petitione hereditatis, sed negotiorū gestorū, nisi probare velit patrem post aditam hereditatem decessisse, se vero patri heredem extitisse. Quo casu conuenitur quidem interim petitione hereditatis tanquam iuris possessor quia sibi causam possessionis mutare non potuit, sed tamen si vtrumque quod adseuerat probauerit, tādem obtinebit, quoniam bona de-

functi

functi reperientur eo casu facta bona patris, & bona patris facta filij, vtrunque per agnitionem & acquisitionem vtriusque hereditatis.

ILLATIO V.

De non danda substituto pupillari separatione bonorum patris.

QVintò ex eodem Principio fit vt si filio impuberi heredi ex asse instituto substitutus quis sit, & patri filius heres extiterit, nō possit substitutus separare hereditates vt filij habeat, patris nō habeat. Aut enim vtriusq; debet hereditatē habere aut neutrius *l. sed si plures* 10. *§. filio D. de vul. & pup. sub.* vbi rationē Vlp. reddit, quòd hereditas cœperit iuncta esse, id est, non quod hereditas patris cœperit esse hereditas filij eo adhuc viuo (neq; enim viuētis hominis hereditas vlla est, sed patrimoniū *l.* 1. D. *de hered. vel act. vēd.*) sed quod bona patris per acquisitionē hereditatis paternæ facta sint bona filij, atq; ita effectum sit vt in eiusdē filij postea defuncti hereditate reperta fuerint vnita & confusa illa etiā bona quæ aliquando fuerant paternę hereditatis. Hereditatem enim vocat Vlp. ea bona quæ fuerunt aliquando hereditas, inspecta scilicet origine, licèt desierint hereditas esse ex quo facta sunt bona & patrimonium filij eiusdémque heredis. Idémque est vt Vlp. ibidem subiūgit, si pater heredem me ex parte scripserit, & filium ex parte, & ego patris hereditatem repudiauero. Nā neque filij hereditatē habere possum, qui scilicet patri suo heres extiterit, atque ita paterna bona sua fecerit, & paternā hereditatem in sua reliquerit iunctā & confusam. Alioqui si nec filius patri heres extitisset, alia ratio me à pupillari substitutione excluderet, illa nimirum quòd destituto patris testamento, hoc est, nemine ex eo herede existente substitutio pupillaris valere non possit. Id enim est quod sequitur apud Vlp. *si ex asse* heres institutus filio exheredato substitutus repudiauerit patris hereditatem, non posse filij adire. Nec enim valet, inquit, filij testamētum nisi patris hereditas adita fuerit, nec sufficit ad secundarum tabularum vim sic esse factum à patre testamentum vt ex eo adiri hereditas possit, si non etiam cum effectu adeatur: Cùm pupillaris substitutio sit pars & sequela paterni testamenti, quod cùm sit principale, neque in totum, neque ex parte confirmari ex pupillari potest *l. patris* 20. iunct. *l. ex pupillari* 44. *eod. tit.* Hinc etiam pendet interpretatio *l. paterfamilias* 28. *de reb. autor. iud possid.* de qua iam sæpius alibi scripsimus & scribemus aliquid *illat.* 12. *infr.*

L. sed si plures 10. *§. filio De vulg. & pupil. substi.*

§. si ex asse eiusd. leg.

L. patris 20. *l. ex pupillari* 44. *eod. l. paterfamilias* 28. *De reb. autor. iudic. possid.*

ILLATIO VI.

De bonis etiam quæ aliunde obuenerunt substituto pupillari acquirendis.

SExtò ex eodem Principio fit quod idem Vlp. tractat in *l. sed si plures §. ad substitutos eod.* ad substitutos pupillares illa etiam pertinere quæ postea pupillis obuenerint. Ratio enim hæc statim sequitur, quòd pater qui filio suo pupillariter substituit non bonis suis substituat, sed impuberis: Quæ ratio nullius erit sensus aut potestatis, nisi suppleas bona quæ filius ille exheredatus aliunde habuerit, puta, quòd à matre aliquóve ex agnatis aut cognatis vel etiam ab extraneo heres fuerit institutus, facta esse ipsius impuberis bona. Nam & vix est vt impuberi quicquam acquiri aliter possit quàm per viam hereditatis, cùm sit ea ætas non solùm industriæ

d. l. sed si plures § ad substitutos de vulgar. & pupil. substit.

& consilij expers,sed etiam penè animi & voluntatis & sensus.

ILLAT. VII.

De filio qui fraternam hereditatem retinere vult ex substitutione, omissa paterna.

SEptimò ex eodem Principio petenda est ratio dubitandi ad elegans illud Papiniani responsum,quod extat in *l.si filius 12.eod.* vbi quærit Papin. an audiendus sit filius si posteaquàm patri primùm deinde fratri ex secundis tabulis heres extitit,hereditatem patris recuset,fraternam autem retinere malit. Videbatur enim id filio denegandū,Non ratione illa quā diximus illat.5. quòd non possit filius impubes heredem aliquem habere, si pater nullum habeat(neque enim est sine herede pater qui suum heredem habet quamuis se abstinentem *l.cùm quasi 30.§.sed etsi suus De fideic.libert.* & qui sunt in potestate si instituti sint,statim sunt heredes ex testamento,nec quod se possunt abstinere quicquam facit *l.1.§.qui sunt in potestate D.si quis omiss.caus.testam.* idque est quod Pap.ait filium hunc qui nunc patris hereditatem recusat,patri iam heredem extitisse,Scilicet ipso iure tanquam suum & necessariū heredem,non voluntariè per immixtionem,alioqui abstinere ampliùs nō posset *l.necessariis 57.D.de acquir.hered.*)Sed quia ex quo tempore bona patris cœperunt non modò iuncta esse,sed etiam confusa cum bonis filij tanquam sui & necessarij heredis,non videatur permittendum filio vt ex edicto prętoris, quod alioquin iure ordinario facere posset, abstineat bonis paternis, cùm vult ex eodem testamento fraterna retinere,non magis quàm vt patris iudicium pro parte probet,pro parte improbet *arg.l.si ita stipulatio 39.§.1. De oper.libert.* inducátque diuisionem volūtatis *l.eum qui 18.§.vlt.D.de his quæ vt indign.* Hęc enim non tantùm abstentio dicenda esset, de qua si solùm quæreretur,nullus esset dubitandi locus,verùm etiam separatio, non quidem eo sensu quo suprà locuti sumus De separatione bonorum confusorū, vt in edicto *De separat.*(ponendum namque est in illa Papin.specie impuberem exheredatum fuisse,solum autem institutum fratrem qui idem fratri fuerit substitutus,vt proinde bona defuncti patris nunquam potuerint fieri bona impuberis,nec cōsequenter separatio vlla induci possit)sed separatio bonorū eodē testamento relictorum,quę ipsa nihil aliud nisi volūtatis vt diximus, diuisio est. Contrà tamen respondet Papinianus iustiùs facturū prętorem si fratri separationē bonorū patris cōcesserit,& à propriis & à fraternis,hoc est si non obstāte eo quod fraternā hereditatem hic filius retinere vult, perinde ipsi indulgeat beneficium abstentionis ne à paternis creditoribus conueniri possit,atque si fraterna quoque bona recusaret. Semper enim inspiciendum est quid prętori,quid alij cuilibet legislatori propositū sit,vt in dubitationibus omnibus quę incurrunt id propositū seruetur,quātū fieri potest *l.1.§.exceptionem D.quar.rer.act.non det.* Atqui prętori beneficium abstinēdi suis heredibus vltro indulgenti propositum est liberos oneribus hereditariis non sponte susceptis liberare non inuitos ab hereditate remouere, Præsertim, quòd remotis secundis tabulis, vt idem Papinianus ait, frater hic substitutus legitimam haberet fratris hereditatem. Quæ certè magna æquitatis ratio est, propter quam longè faciliùs permitti debeat suo heredi quàm extraneo,vt recusata hereditate patris, nihilominùs hereditatem impuberis retinere possit,quia non posset extraneus impuberi succedere si non esset

L.si fi'ius 12. eod. tit. De vulg. & pupill.substit.

L.cùm quasi 30.§. sed etsi suus de fideic.libert.

L. necessariis 57. D. de acquir. hered.

De separatione inducta per beneficium abstentionis.

Propositum pratoris in beneficio abstentionis concedendo.

esset ei pupillariter substitutus: Sicut & iuris ratio magis obstat extraneo, si ex substitutione pupillari succedere velit non adita patris hereditate, aut si postquã ille ipse eã adierit(nec enim aliter quàm per aditionẽ heres fieri aut esse potest)velit repudiare, quod non licet *l. sicut* 4. *C. de repud. vel abst hered.* Denique apud Papinianum non tã ratio iuris quàm æquitatis obstabat filio eidémq; substituto ne fraternã hereditatẽ retinere posse videretur. Inspecta enim iuris ciuilis ratione dubitari non poterat, quin eã retinere non solùm posset, verùm etiã fratri necessarius heres esse deberet, queadmodũ & patri *d. l. sed si plures* 10. *§. quos possum l.* 2. *§. prius autem de vulg. & pup. subst.* Sed sicut inductũ à prętore beneficiũ abstẽtionis facit vt paternã hereditatem inuitus filius agnoscere non cogatur *d. l. necessariis*, ac proinde vt neque impuberis fratris heres sit si nolit, Ita è cõtrario volẽti filio hereditate patris abstinere, sũma ęquitatis ratio videbatur obstare, ne fraternã retinere posset, sed vel vtrãq; retinere, vel ab vtraq; abstinere cogeretur, vt vel vtriusq; heres esset necessarius, vel neutrius volũtarius. Nã & vicissim volẽti filio fraternã hereditatem retinere illa etiã æquitatis nec leuior ratio aduersari videbatur, quòd ab eo abstinendi beneficio se vltrò ipse excluderet agnoscendo fraternã hereditatem ex eodem patris testamento, non secus aci aliquo modo paternę hereditati se immiscuisset. Quid enim referre videri potest patrisve iudicium & voluntatem, an verò hereditatem filius agnoscat? An non se immisceet qui quoquomodo agnoscit iudicium patris? Ratio tamen Papiniani quę tota nititur æquitate longè maiore ac fauorabiliore, totam hanc contrariæ æquitatis obiectionem facilè dissoluit. Fuit Papiniano familiare & responsa sua & quęstiones ad eos casus accommodare in quibus prima facie, minúsque subtiliter intuenti, regulę iuris communis aut etiam ęquitatis aliam sententiã quàm quę tandẽ Papiniano placeat suadere viderẽtur, idque vnũ sanè est quod Papiniani elegantię ac subtilitati tam vberem cãpum dedit, quod ad eos casus se restrinxit, Ne alioqui cogeretur facere quod cęteri omnes Iureconsulti Africano solo excepto fecerunt, vt multa dicerent quę vel nullam prorsus, vel saltẽ perexiguã apud prudẽtes viros haberẽt dubitationẽ. In proposito autẽ tres iuris tã ciuilis, quàm prętorij regulę aliũ quã Papinianũ in cõtrariam sententiã mouere fortasse potuissent. Prima illa, quòd vsque adeo hereditas impuberis testamẽtaria ex patris hereditate pendeat, vt quisquis patri heres necessarius est, idẽ & filio impuberi necessarius sit *d. l.* 2. *§. prius autẽ d. l. sed si plures §. quos possum eod. l. qui patri* 59. *De acquir. hered.* Secunda, quòd non agnita patris hereditate substitutio pupillaris corruat. *d. l. sed si plures §. si ex asse l. apud Iulianum* 11. *§. idem Iulianus l. ita tamen* 27. *§. qui suspectam ad SC. Treb.* Tertia, quòd suo heredi qui se immiscuit, abstinendi beneficium etiam à prętore denegetur si non sit etiam impubes *d. l. necessariis*: faciléque credendus sit se immiscuisse filius, qui iam ipso iure heres est *l. si is bonis* 91. *De acq. her. l.* 2. *C. de iur. delib.*

d. l. sed si plures §. quos possum, & l. 2. *§. prius autem eod. ti. De vulg. & pupill. subst.*

L. qui patri 59. *De acq. hered.*

L. si is qui bonis 91. *eod. l.* 2. *C. de iur. delib.*

ILLATIO VIII.

De hereditate semel adita numquam repudianda.

OCtauò ex eodem Principio fit quod proximè attigimus, vt hereditas semel adita repudiari non possit *d. l. sicut* 4. *De repud. vel abstin. hered. C.* Nam cùm hereditatem aditam & acquisitam esse, nihi aliud sit quàm

L. sicut 4. *C. de repud. vel abstin. here.*

tus ad omne ęs alienũ quod defuncti fuit *l.1.C.si cer.pet.* exinde verò non possit exonerari quin à creditoribus ipsis condicio deferatur *l.cùm hereditate* 55. *De acq.hered.* Sed ratio hæc quamuis vera sit, non tamẽ est germana, vt ex eo intelligi potest quod quamuis nulli essent creditores, perinde tamen verum esset hereditatem semel aditam repudiari non posse.

L.1.C.si cer. petat.l. cùm hereditate 55. De acq. hered.

ILLATIO IX.

De iungenda possessione heredis cum possessione defuncti.

NOnò ex eodem Principio fit vt possessio defuncti quasi iuncta transeat ad heredẽ, quomodo Paulus loquitur in *l.cùm miles* 30. *D.ex quib. caus.maior.* id est vt nos interpretati sumus ad Princip.5.*sup.de iur.natur.gent. & ciuil.illat.3. vers. pendet etiam*, vt tempora possessionis defuncti iungantur temporibus possessionis heredis, & adminiculo antiquioris possessionis vti heres possit ex persona defuncti *l. Pomponius* 13.§.1.*D.de acquir. poss.* quia nimirum sicut inter cętera quæ in bonis nostris sunt possessio quoque annumeratur *l.1.C.per quas person.nob.acq.l.per procuratorem* 8. *C. de acq. poss.* ita & in possessione idẽ necessariò admittẽdũ est, quod in cęteris bonis, vt quæ defuncti fuit, per aditionẽ facta sit heredis. Vnde etiã est quod heres sua ignoratione vitia possessionis defuncti nõ excludit *l.cùm heres* 11. *D.de diuer.tem.præscr.* Nõ enim ex sciẽtia vel ignorãtia eius, qui semel heres esse voluit, sed ex mera iuris ratione pẽdet, vt bona defuncti per viã hereditatis fiãt bona heredis. Nisi malis quod scriptũ est in *d.l.cùm miles*, de iure lõgę possessionis intelligere quę similis erat vsucapioni. Idque sanè probabilius est, vt post hæc iam scripta scripsimus in Rationalibus nostris ad illum locum.

L.cùm miles 30. D. ex quib. caus. maior.

L. Põponius 13.§.1.de ac. poss.

L. cùm heres 11.de diuers. temp. præscript.

ILLATIO X.

De bonis paternis origine factis iam fraternis.

DEcimò ex eodem Principio fit quod Vlp. scribit in *l.3.§.si is qui status De Carbon.edict.* Si is qui status controuersiam filio faciebat & solum se filium dicebat, decesserit, & mater ei heres extiterit, si quidẽ eãdẽ controuersiã mater impuberi faciat qui se ex alia natum adfirmat scilicet vt eũ filium neget, idcircóque totã hereditatẽ ad se ex persona filij sui defuncti pertinere contendat, in tẽpus pubertatis ex edicto illo rem differendam, quia nihil interest suo nomine an hereditario controuersiã faciat. Sed si mater concedat hũc quoque defuncti filium esse, & ideo partẽ hereditatis dimidiã solam sibi vindicet ex bonis paternis, non esse iudicium in tempus pubertatis differendũ. Non enim de paternis, inquit Vlp. sed de fraternis bonis impuberi fit cõtrouersia. Hoc ipsum verò cur ita? nisi quia quę primùm fuerãt paterna moriẽte patre, facta fuerãt fraterna per acquisitionẽ hereditatis in eius solius fratris persona qui status controuersiã impuberi faciebat. Quanquã vt verũ fatear, non possum intelligere quid sibi Vlpianus eo loco velit. Nã cùm mater defuncti, qui huic impuberi superstiti controuersiã status faciebat concedit aut saltẽ non negat (vtraque enim lectio bona & eiusdẽ sensus est) hũc quoq; defuncti patris filium esse, & ob eã causam non nisi partem dimidiam hereditatis petit ex bonis paternis, quænã obsecro superesse potest controuersia, de qua dubitari queat an iudicium in tempus pubertatis sit differendum.

L.3.§. si is qui status D. de Carbon.edict.

Neque enim de ſtatu amplius quæritur ex quo filius hic eſſe non negatur, neque rurſum de bonis,cùm dimidia pars hereditatis huic impuberi tanquã filio relinquatur, quam ſolam ab initio & alio fratre viuo petere potuiſſet ſi ſtatus controuerſiam nullam paſſus vnquam fuiſſet. Nec dici poteſt fieri nũc impuberi controuerſiam de bonis fraternis non de paternis. Quænam enim controuerſia ſit ei cui extra iudicium tanta portio relinquitur,quãtam ex victoria ſperare vnquã poſſet? Prætereà quid attinet tractari de bonis fraternis,in quibus nihil vnquã iuris,impubes hic aut ſperauit,aut ſperare potuit? Ponimus enim ſuſceptum illũ ex alia matre, & conſequenter talẽ qui in fratris conſanguinei ſucceſſione matri eius pręferri nullomodo debuerit,nec cum ea concurrere ſiue inſpecto iure vetere,ſiue nouo. Denique nihil aliud impubes petere poterat etiamſi ſtatus controuerſiam paſſus non eſſet, niſi dimidiam partẽ bonorum paternorum,ſiue viuo fratre,ſiue mortuo, fraternorum verò bonorum nullam prorſus portionem. Igitur non poteſt vera eſſe ratio illa, *Non enim de paternis,ſed de fraternis bonis impuberi ſit controuerſia.* Neque poteſt Vlpianus defendi ea interpretatione quã attulimus,quòd bona patris hoc caſu bona filij facta eſſe videantur. Id enim ita demum verè diceretur ſi defunctus filius qui ſe ſolum filium contendebat, patri heres in ſolidum extitiſſet. At non potuit in ſolidum heres patri exiſtere ſiſius, qui fratrem habuit ęquè ac pro eadem portione futurum abſolutè heredem ſi controuerſiam ſtatus nullam pateretur, aut ſaltem pro filio & herede habendum interim quandiu de cauſa ſtatus cognitum & pronunciatum non fuit, inducto in eam rem Carbonianæ bonorum poſſeſſionis remedio, ne vel impuberi,vel ei qui controuerſiam faceret damnum inferretur. Nam & inter extraneos heredes inſtitutos conſtat ita ius eſſe vt quandiu coheres ſiue teſtamẽtarius,ſiue legitimus pro ſua parte heres fieri poteſt,interim tota hereditas alij portionem ſuam adeunti non acquiratur *l. 2. D. d. ſi pars hered.petat.* Quomodo ergo fieri poteſt, vt ex perſona ſolius filij qui non niſi pro parte heres poſſit exiſtere bona omnia paterna fiant fraterna? Id enim etiam cum principio noſtro pugnaret. Et certè quandocunque apparente filio illo cui ab initio cõtrouerſia ſtatus facta fuit,ſiue ex iudicis pronũciatione,ſiue ex aduerſarij cõfeſſione filius probetur,nemo negauerit iam inde ex eo ipſo inſtanti quo pater mortuus eſt extitiſſe illum ipſo iure patri heredẽ, quia etiã ignorãs & ſola legis poteſtate heres fieri potuiſſet *l.apud hoſtes 8.C. de ſuis & legit.* multò magis contendens iuſtè ſe & filium & heredẽ eſſe. Non enim probatio ſuperueniẽs facit eum filiũ,ſed qualis ſemper antea fuerit ex poſtfacto demonſtrat. Ergo pro illa parte,id eſt pro dimidia ſicut non potuit is filius de cuius ſtatu minimè dubitabatur heres exiſtere,ita nec paterna bona potuerunt fieri fraterna. Quod ſi ita eſt non malè meo iudicio quis dixerit locum hunc tot aliis adiiciẽdũ eſſe,quos diximus à Triboniano ſub prudẽtũ nomine imprudẽtiſſimè ſubiectos & ſuppoſitos fuiſſe, Nunquam enim mihi perſuadebo Vlpianũ quicquã ſcripſiſſe quod neq; bonum ſenſum,neque rationẽ vllã habeat, Sed quid eſſe potuit quod fefellit Tribonianum. Nam & errorum quoque nobis ratio aliqua reddenda eſt,vt appareat,non ſine ratione Tribonianũ à nobis reprehendi. Puto virum bonum nec valde ſubtilem ex eo deceptũ fuiſſe quod Iulianus ſimpliciter ſcripſerat,aut etiam Vlpianus ex Iuliano, Controuerſiam quam impuberi faciebat defunctus frater qui ſe ſolum filium contẽdebat,ſi eadem fiat per matrem fratris quę ſola pręmortuo filio

L. 2. D. ſi pars hered. pet.

L. apud hoſtes 8.C. de ſuis & legit.

filio heres sit, perinde in tempus pubertatis differendam acsi vel frater viueret, vel mater eam litem & quæstionem proprio nomine inferret. Cuius rei & elegans & aperta ratio illa est, quòd vt textus habet, nihil intersit, suo an hereditario nomine controuersiam impuberi quis faciat. Putauit autẽ Tribonian. prętermissam fuisse à Iuliano & Vlpiano aliam distinctionis partem, ex eo casu conficiendam, quo mater defuncti filii qui impuberi controuersiã status faciebat non neget impuberem quoque filium esse, sed partem dimidiam duntaxat sibi vindicet bonorum paternorum. Nec animaduertit nullã eo casu posse controuersiam superesse, de qua vel statim decidenda, vel in pubertatis tempus differenda dubitari queat, vt probauimus. Tribonianum distinguere passim solitum etiam vbi necesse non est produnt verba illa ei familiarissima *si quidem* apta ad partem primam distinctionis constituendã. Quibus consequenter subiiciendum erat pro secunda distinctionis parte quomodo & idem Tribon. loqui solet *sin autem* vel *sin verò*, quod tamen factum non est vt tãto apertius Triboniani manus & inscitia proderetur. Pro illis enim verbis subiecit Tribon. *Planè si mater concedat*, ita relinquens imperfectam præcedentem clausulam quæ perficienda erat & suis numeris absoluenda: quod similiter aliis plerisque locis imprudenti ei accidere notissimum est.

ILLATIO XI.

De renunciatione bonorum paternorum quæ postea facta sint fraterna.

VNdecimò ex eodem Principio fit quod interpretes nostri tractant ad *l. 1. §. veteres D. de acquir. poss.* Renũciationem quantumuis generalem, & iuratam bonorum paternorum factam vt passim hodie fit per filiam nuptui traditam à patre, non obstare filiæ quominùs defuncto fratri intestato possit succedere in iis etiam bonis quæ à patre ad filium peruenerunt, tanquam quibus nullomodo renunciatum esse intelligatur, Ratione illa quòd paternis tantùm filia renunciauerit, hæc autem licèt aliquando paterna fuerint, tamen desierint esse talia factáque sint fraterna ex quo fratri acquisita sunt per aditionem paternæ hereditatis. Textus est in hanc rem elegans in *l. per curatorem 90. §. 1. De acquir. hered.* vbi Paulus scribit si iussu aui nepos ex filio milite adierit hereditatem patris qui de castrensi peculio testamentum fecerat, acquisiisse illum auo bona omnia de quibus pater potuerat testari, *quoniam*, inquit, *castrensia esse mutatione personæ desierunt.* Quid enim aliud est desiisse esse castrensia, quàm desiisse esse paterna & facta esse auita ex persona nepotis, qui in aui potestate constitutus, nõ magis hereditatẽ patris, quàm aliud quicquã sibi acquirere potuit? Quid aliud *mutatione personæ* nisi *mutatione domini*? Etsi differt ille casus à nostro in eo quòd bona illa paterna & castrensia quę per nepotẽ acquisita sunt auo, nunquã fieri potuerunt nepotis, sed per eius personam adeò confestim acquisita sunt auo, vt ne quidem vno tẽporis momento potuerit acquisitio consistere in persona nepotis *l. placet. 79. eo. tit.* Sed non eo minùs desinũt esse bona paterna & castrensia defuncto filio qui miles fuit, & ex cuius solius persona castrensia dicebantur. Illud certè constat huiusmodi renunciationes strictissimè accipiendas esse, neq; interpretatione vlla adiuuãdas, quippe quę sint odiosę *l. cùm quidã 19. De li. & posth. l. hoc*

L. 1. §. veteres D. de ac. possess.

L. per curatorem 90. §. 1. D. de acq. hered.

Pactiones tã de succedendo quã & de non succedẽdo prohibita. l. pactum quod dotali 15. C de pact. l. vlt D. de suis & legit. cap. quãuis pactum de pact. in 6. Extensio à persona ad personam. L. si ita stipulatus 126. §. Chrysogonus in fin. de verb. oblig. Origo bonorum aliquã spectatur.

modo 64. De condic. & demonstr. Vtpote quæ sint alienæ à iuris ciuilis ratione, ex qua prohibentur valere pactiones omnes quæ fiunt de futura hereditate, siue fiant de succedendo *l. pactum quod dotali 15. C. de pact. l. stipulatio hoc modo 61. D de ver. obli l. 3. C. de collat. l. ex eo 4. C. de inutil. stipul.* siue de non succedendo *l. vlt. D. de suis & legit. l. quod bonis 15. §. 1. D. ad leg. falci.* etiamsi iuratæ proponantur *l. non dubium 5. C de legib.* nec nisi iuris pontificij autoritate propter iurisiurandi religionem defenduntur ex *cap. quamuis pactum De pact. in 6.* Eæ scilicet quæ sunt de non succedendo, non etiam illæ quæ sunt de succedendo, Vt scripsimus Decad. 14. *de error. pragmat.* & alibi dicemus commodiùs. Nulla igitur ratio est cur renunciatio quæ ad paterna bona fuit restricta, protrahatur etiam ad fraterna, quod vtique fieri non posset citra extensionem, quæ nec facilè vnquam fit in stipulationibus *l quicquid 99. De verb. obligat.* præsertim verò à persona ad personam non expressam *l. si ita stipulatus 126. §. Chrysogonus in fin. eod.* Interdum tamen placet bonorum originem primámque condicionem spectandam esse potiùs quàm eam quæ superuenerit ex mutatione personæ, Vt in specie *Auth. ex testamento C. de secund. nupt.* vbi scriptum est ex Iustin. *Nouell. 2. De non elig. secund. nub. mulier. cap. 3.* matrem quæ ad secundas nuptias conuolauit, vocari quidẽ ad intestati filij successionem, siue ante, siue post mortẽ filij secũdas ineat nuptias, sed ita tamen vt eorum solum vsumfructum percipiat quæ ex paterna substantia ad filium peruenerunt, cęterorum verò etiam proprietatem. Sed non pugnat ea res cũ Principio nostro, quia non tã ex iuris ratione, quàm ex mera Iustiniani voluntate & constitutione proficiscitur. Certè nõ semel euenit vt ea ipsa bona quæ reuera facta sunt fraterna per aditionem paternæ hereditatis à fratre factam, retineant nihilominus nomen paternorum, scilicet quoties eorum mentio fit siue in lege, siue in testamento, siue in contractu, siue in sententia iudicis ad differentiam aliorum bonorum fraternorum quæ frater aliunde quàm à communi patre habuerit. Non enim aut aliter aut meliùs distingui possint quàm si paterna dicãtur, ad eorum exclusionem quæ sic fraterna sunt, vt nunquam fuerint paterna. Potéstque ad hanc speciem nõ malè accommodari, quod in alia Papin. scribit in *l. cum filius 76. § heres meus De legat. 2.* nõ in totum falsum id videri, quod veritatis primordio adiuuaretur. Nã & plerũque pinguiùs eadem corpora bonorum appellamus quorum substantia mutata non est, licèt mutationem acceperint in pristina qualitate aut quantitate *l. & an eadem 14. in princi. D. de except. rei iudic.* Vide tamen *l. si is qui 6. D. de vulg. & pupill. subst.*

L. cùm filius 76. §. heres meus de leg. 2.

ILLATIO XII.

De eo qui substitutus est pupillo abstento.

L. paterfamilias 28. de reb. autor. iudic. possid. aliàs l. 13. De priuileg. credit.

DVodecimò ex eodem Principio fit quod Iauolenus scribit in *l. paterfamilias 28. De reb. autor. iudic. possid. aliàs l. 13. De priuileg. credit.* vt in substitutum pupillarem danda sit actio creditoribus paternis tum etiam cùm filius paterna hereditate se abstinuit, quia cùm non eo minùs verum sit filium esse ac manere patris heredem, vt in superioribus disputauimus ex *l. cùm quasi 30. §. sed etsi suus De fideic. libert.* fatendum est eodem filio postea quandocunque defuncto non nisi vnam esse patris & filij hereditatem vt lex ait, Et quamuis filio detur beneficium abstentionis, vt ipsius pudori par-

parcatur, ne bonorum suorum venditionem pati cogatur propter onera patris non sponte suscepta *d.l.si filius* 12.*De vulg.& pup.subst.* non idem tamen substituto tribui potest, cuius scilicet factum & spontanea voluntas interuenit, non in eo quidē vt hereditas patris cū hereditate filij vna sit (solius enim iuris potestate illud fit non hominis voluntate) sed in eo vt hereditatem pupilli sibi acquirat, quam sciat aut scire debeat cum patris hereditate coniunctam fuisse ipso iure, nil obstante pupilli abstentione *l.1.§.qui sunt in potestate D.si quis omiss.caus.test.* Sed de tota illius loci sententia, lectione, & emendatione videnda sunt quæ scripsimus non insubtiliter fortasse *lib.2.Conject.ca.2.* & in posteriore parte Hemischiliadis nostræ *De error.pragmat.* Est enim locus sanè vt perelegans ita perobscurus, nec ante nos nisi fallimur ab vllo ex interpretibus bene intellectus, quíque nostra omnino indigebat emendatione.

l.si filius 12. *de vulg. & pup. subst.*

Denique ad hoc Principium alia pleraque ne dicam innumera referenda sunt quæ inter legendum passim occurrunt , quorum non alia aut certior aut promptior ratio adferri possit, quàm quòd bona testatoris per aditionem hereditatis fiant bona defuncti.

PRINCIPIVM VI.

Eum qui liber non sit heredem institui & fieri nullo-modo posse.

QVi liber non est, heres institui & fieri nullomodo potest, vt Iustin. scribit in *§.idémque iuris hoc tit.post Vlp.in frag tit.*22.*§.*7.*&* 11. Ratio est quia testamenti factio tam actiua quàm passiua tota iuris ciuilis est, vt scripsimus ad Princip.5.*illat.*1.*De iur.natur gent.& ciuil.* iure autem ciuili serui pro nullis habentur *l.quod attinet* 32.*De regul.iur.* Adieci autem *& fieri*, vt eum casum excludam quo seruus alienus fuerit institutus. Is enim nō heres fit sed heredem facit dominum *§.item vobis infr.Per quas person.nob.adquir.* ita vt ne momento quidem temporis adquisitio consistat in persona serui *l.placet* 79. *De acquir.hered.* Ideóque placuit seruum alienum siue solum, siue pro parte sine libertate heredem institui posse *l.3.in princip.* vbi *solus* legendum est non *totus* D.*de hered.instit.* Nam testamenti factio cum seruis ex persona dominorum introducta est *l.nō minus* 31.*eod.* idque vtilitatis causa, vt tāto plus cōmodi dominis per seruos acquireretur, cùm eueniret plerūque vt quis proprio erga seruum alienum adfectu eum institueret heredem, qui tamen dominum ipsius non æquè forsitan fuisset instituturus, tametsi domino hereditatem per seruum adquisitam iri sciret, vellétque, Nimirum vt tāto charior domino suo fieret seruus ille, tātóque citiùs & faciliùs ab eo libertatem mereretur, veluti in pręmium, & remunerationem hereditatis forsitan opulentissimæ quā non modò per seruum, sed etiam propter seruum sibi relictam & acquisitā esse videret. Potest etiam alia huius Principij ratio reddi, quòd seruus qui in aliena potestate ipse est, nihil habere possit in sua potestate nec quod suum sit, vt loquitur Iustin. in *d.§.item vobis.* Sed non tam huius Principij propria & germana ratio illa est, quàm generalis. Pertinet enim

§.idémque iuris hoc tit.

§. item vobis infr. per quas person.
L.placet 79. *de acq. hered.*
L.3.in princ. D.de hered. instit.
l.non minus 31.*eod.*

non tantùm ad causam successionis testamentariæ, sed etiam ad cæteras omnes acquisitionis species generaliter, nec minùs ad filiosfamilias quàm ad seruos, vt ad eum tit. dicemus.

ILLATIO I.

De seruo herede instituto sine libertate.

d. §. idémque iuris.

EX hoc Principio illud primùm fit quod Iustin. in *d. §. idémque iuris*, testatur ita receptum olim fuisse, vt seruus non nisi inutiliter sine libertate heres institueretur, preterquàm si ab eo domino qui soluendo non esset, institutio facta proponeretur. Etsi enim ex iis quæ expressa sunt, pleraque solent tacitè inferri in necessarium antecedens *l. 2. D. de iurisd. l. ad rem mobilem* 56. *l. ad legatum* 62. *D. de procurat. l. Titia* Seio 87. *§. Seia libertis* De *legat.* 2. In proposito tamen non poterat illud induci, vt seruus heres institutus hoc ipso liber scriptus videretur, quia tāti momenti libertas erat, vt non posset censeri quid accessorium hereditatis, sed tāquā principalior priùs dari expressim & nominatim deberet, quàm hereditas dari posset, ne alioqui principale ex accessorio vires capere dici posset *arg. l. ex pupillari* 44. *De vulg. & pup. subst. l. quod per manus* 10. *De iur. codicill.* Excipiebatur tamen is seruus qui heres institutus esset à domino moriente non soluendo. Hic enim hoc ipso liber fiebat, licèt eodem testamento libertas ei data non fuisset, quia cùm eius institutio tāquā in fraudem creditorū facta per legem Æliā Sētiā rescindi debuisset, nisi casum hunc eadem lex excepisset, lex autem non alia de causa huiusmodi institutionem admitteret, valeréque pateretur, quàm vt ciuis romanus heredem haberet necessarium sub cuius nomine bona publicè venderētur, fieri non poterat quin eadem lex eum pro libero haberet quem vel inuitum cogeret esse necessarium heredem. Quisquis enim necessarius heres est, eum priùs & necessariò talem esse necesse est, qualis si non esset, heres esse nullomodo posset. Idque non tā *heredis* nomen, quàm illa *necessarij* adiectio & qualitas facit, iuncta scilicet cum legis potestate: quæ si non cōcurreret, aliud proculdubio foret, quamuis qui à diuite domino heres institutus est, non minùs necessarius ei heres sit quàm si dominus non soluendo decessisset.

ILLATIO II.

De Iustiniani constitutione quæ seruum proprium institutum facit hoc ipso liberum.

d. §. idémque iuris.

SEcundò ex eodem Principio fit quod Iustinianus contra iuris veteris rationem à se constitutū fuisse testatur, vt generaliter quisquis seruus à domino suo heres institutus fuit, siue dominus soluendo decesserit, siue nō soluendo, hoc ipso liber quoque scriptus esse intelligatur. Nempe tāquā in necessarium antecedens non solùm iuris, sed etiā voluntatis, quòd sicuti heres esse non potest, qui non est liber, ita non sit verisimile testatorem qui seruū sibi heredem elegerit, si libertatis dationem prætermiserit, seruum illum remanere voluisse, neminémque sibi heredem fore. Hæc enim ratio est quā Iustin. ipse adfert, quæ tamen si ex iure magis quàm ex imperatoris autoritate æstimetur, non est bona. Alioqui fatendum esset ius vetus quod ante Iustinia-

stinianum obtinuit in contrarium, à ratione abhorruisse. Cur autem non sit bona, diximus Illat. præcedenti, quia cùm libertas sit quid longè maius & principalius hereditate, debuit nominatim, expressimque dari non sub nomine & in consequentiam hereditatis, præsertim quia potuit etiam fieri vt libertas vtiliter data esset non etiam hereditas, puta si libertas non nisi per fideicommissum data fuisset, hereditas autem directò: Quo casu dici non posset ad validandam hereditatis dationem libertatem quoque directam videri datam debere, obstantibus nimirum verbis ex quibus apparet datam fuisse fideicommissariam. Non est igitur bona consecutio si quis cum Iustiniano dicat. *Fuit Stichus heres scriptus, Ergo & liber*, quia posset liber scriptus esse, & ita tamen vt non valeret datio hereditatis, nempe si fideicōmissariā duntaxat libertatem accepisset, aut si libertatem sub condicione, hereditatem verò purè vt in *l. qui filio* 38. *§.* 1. *De her. inst.* Et hoc exemplum malo, quia non propriè scribitur liber is cui non nisi fideicommissaria hereditas à testatore datur. Noua autem Iustiniani constitutio quam dicimus illa est quæ extat in *l. quidam* 5. C. *de necess. hered. instit.* vbi fatetur ille in hoc nouo iure constituendo maiorem se voluntatis defuncti quàm iuris rationem habuisse, *quia*, inquit, *voluntatis semper sequimur vestigia testatorum.* Etsi adfert ille aliam qua motus etiam fuerit rationem. Illam videlicet, quòd etiā olim ita ius esset, vt si quis seruum suū tutorem liberis suis relinqueret, quāuis sine libertate, ex ipsa tamen tutelæ datione libertas quoque data intelligeretur *l. si hereditas* 10. *§. vlt. l. quæro* 32. *§. vlt. D. de test. tutel.* & quidem directa, vt dicemus ad *§.* 1. *infr. qui test. tut. dar. poss.* Sed non est recta ratiocinatio. Nā in tutela ita comparatum ius erat, fauore non solius libertatis sed etiā pupillorū, quorum ętas miseráque condicio alia pleraque ab inuita, vt ita dicam, iurisprudentia extorsit, neque id Iustinianus ipse negat. At in hereditate solius libertatis fauor versatur, nisi qui forte velit dicere versari quoque fauorem testamenti qui semper apud prudētes illos veteres maximus fuit *l. si pars* 10. *D. de inof. test.* Sed cùm testamēti fauor ille totus ad testatoris fauorē referatur *l. vel negare* 6. *D. test. quemad aper.* nullus hic tali fauori locus relinquitur cùm possit imputari testatori qui seruum suum sine libertate scripsit, cur non secundū leges testatus sit, id est cur nō eidem adscripserit libertatem, sine qua sciuit aut scire debuit futurum esse ex iuris ratione, vt seruus heres esse nullo modo posset. Vnde illud etiam fortasse est quod iam diximus aliam fuisse olim rationem testatoris qui moriturus non soluendo seruum sibi heredem necessarium sine libertate instituisset. Nam neque videri poterat hic testator non secundum leges testatus qui legis Æliæ Sentiæ beneficio vsus fuerat, neque solius testatoris fauor in eo versabatur, vt seruus heres esset, quamuis sine libertate institutus, sed pręsertim reipublicæ, cuius maximè intererat ne ciuis romani existimatio etiā post mortem per auctionis publicæ infamiam læderetur. Itaque libertatis fauor cum reipub. fauore mixtus, facilè hanc sententiam inducere potuit eo casu, non etiam in cæteris, in quibus, alius quàm libertatis fauor nullus esset de quo tractari posset. Quòd si ea voluntatis ratio quæ sola Iustinianum mouit, quia non sit credendus testator frustra testari, seruúmque heredem scribere voluisse, recta esset, quidni eadem ratione motus ille constituit, vt si quis seruo proprio legatum aliquod vel fideicommissum sine libertate reliquerit, hoc ipso etiam libertatem vel

L. quidā 5. *C. de necess. hered. instit.*

L. si hereditas 10. *§. vl. l. quæro* 32. *§. vlt. D. de testam. tut.*

directam vel fideicommissariam reliquisse intelligatur? Nam & alioqui perinde hoc casu eueniet vt legatum vel fideicommissum inutiliter relictum fuerit, vtpote quod neque seruo in seruitute manenti possit acquiri, neque per seruum heredi, cùm per seruum hereditarium nihil acquiri possit quod eiusdem sit hereditatis *l. heres per seruum 43. De acquir. hered. l.1. §. veteres D. de acquir. poss.* Et tamen non ausus est Iustin. quantumcunque egregius libertatis fautor adeò alienam à iuris veteris ratione opinionem inducere. Quin è contrario constituit vt seruus proprius cui legatum vel fideicommissum sine libertate relictum sit, maneat in seruitute *d.l.5.§. illo videlicet obseruando*, Vbi tamen addit, quod ab antiquis legibus non minùs abhorret, Non ita impios esse heredes debere vt libertatem testatoris & seruiles labores debita remuneratione defraudare conentur, sed quod iis relictum est, etiam seruis constitutis donandum esse, nisi id restringas ad legatum vel fideicommissum cibariorum vestiariorum & aliorum huiusmodi quorum capaces sunt serui, quoniam ad personam ipsam magis quàm ad personæ ius respiciunt *l. seruos 17. D. de alim. & cib. leg.* quomodo etiam dicimus cætera omnia quæ facti sunt non transire ad dominum *l. qui heredi 44. D. de condic. & demonstr.* Alioqui certè constat seruo proprio sine libertate prorsus inutiliter legari, ita vt neque de vrbanitate, vt loquuntur, quicquam ex eo legato debeatur *l. seruus 76. De hered. instit.* quia huiusmodi legatum nullomodo consistit *l. planè 34. §. si coniunctim De legat. 1.* Et ratio est, quoniam legari solis iis potest cum quibus testamenti factio est *§. legari infr. De legat. l. si seruo 101. §. 1. de leg. 1.* Eadem enim lex duodecim tabularum iisdem prorsus verbis, & heredis instituendi & legata relinquendi potestatem iúsque patrifamilias dedit *l. verbis legis 120. De verb. sign.* Iam autem diximus cum seruis testamenti factionem nullam esse ex propria ipsorum persona, cùm ne quidem cum aliis liberis hominibus sit nisi qui sint etiam ciues romani *l.1. C. de hered. instit.*

L. heres per seruum 43. De acquir. hered. l.1. §. veteres D. de acq. poss. D. l.5. §. illo videlicet obseruando C. de necess. hered. inst.

L. seruos 17. De alim. & cibar. legat. L. qui heredi 44. D. de condict. & demonstr. L. seruus 76. de hered. instit. l. planè 34. §. si coniunctim de legat. 1. L. si seruo 101. § 1. eod. L. verbis legis 120. de verb. sign. L.1. C. de hered. instit.

ILLATIO III.

De instituto ex parte quem testator liberum scripsit in codicillis.

Tertiò ex eodem Principio fit quod eadem constitutione Iustinianus refert olim obtinuisse, vt si quis seruum suum in testamento quidem heredem ex parte sine libertate scripsisset, in codicillis verò libertatem ei reliquisset, institutio tamẽ nõ valeret, neque ex ea heres fieri posset, seruus quãuis liber esset. Nam cùm hereditas neque sine libertate in testamento dari posset, neque cum libertate in codicillis secundum vulgares regulas iuris ciuilis, non poterat libertas codicillis relicta confirmare hereditatem testamẽto datam. Ne alioqui testamentum quod principale est, & ex quo tanquam confirmãte vires accipiunt codicilli qui sunt accessorij per codicillos ipsos confirmari videretur, Quæ perelegãs Papiniani ratio est in *l. quod per manus 10. D. de iur. codicill.* Iustinianus tamen eadem illa sua constitutione hoc quoque emẽdauit, voluítque vt hoc etiã casu seruus & liber, & heres fiat. Ratione illa quòd si tunc etiam cùm libertas neque testamento, neque codicillis data est, hereditatem solam seruo relictam esse sufficit, vt libertas quoque tacitè

d.l.5. C. de necess. hered. instit.

L. quod per manus 10. D. de iur. codicill.

tacitè adscripta videatur, multò magis hoc casu pro libertate & hereditate respondendum est, cùm vtraque expressim relicta fuerit, licèt altera in testamento, altera in codicillis. Egregia sanè ratio si prior constitutionis pars rationem aliquam haberet. Sed cùm nullam satis bonam habeat vt probauimus, non video quid pro Iustiniani tuenda innouatione vsurpari aliud possit, quàm Ciceronianum illud, Eum qui semel verecundiæ fines transierit benè ac gnauiter impudentem esse oportere. Est enim hac parte tantò absurdior & iniquior noua constitutio quanto plures violat regulas iuris antiqui, inter quas semper illa fuit, quæ iuris etiam noui est, quòd hereditas in codicillis dari non potest. Item illa, quòd per codicillos testamentum confirmari nequit. Itaque multò futurum erat tolerabilius vt Iustinianus priore constitutionis suæ parte contentus libertatem hoc casu in codicillis superuacuò datam fuisse diceret, sufficiente scilicet hereditate, tametsi sola, in testamento relicta, quàm vt ad institutionem defendēdam quæ sine libertatis datione facta esset, ex eo moueretur, quod libertas quoque in codicillis adscripta esset. Maximè cùm nec quicquam vetet deberi ex codicillis libertatem etiamsi ex testamento hereditas non debeatur *d.l. qui filio 38. §.1. D. de hered. instit.* *l. qui filio 38. §.1. D. de hered. inst.*

ILLATIO V.

De seruo sine libertate substituto qui alij fuerat legatus.

QVartò ex eodē Principio fiebat olim vt si quis seruum suū legasset eundem posteà impuberi substituendo sine libertate, non tam libertatem ipsi seruo pupillariter substituto, quàm pupilli hereditatem legatario eidémque huius serui domino detulisse videretur, Cùm non posset plus iuris habere seruus pupillo substitutus in hereditate pupilli, quàm institutus in hereditate ipsius testatoris, & vtroque casu eadem ratio locum haberet, faceretque ne hereditas sine libertate vllomodo competere posset. Ita namque comparatum fuisse ius vetus innuit eadem constitutio Iustiniani in *d.l. 5. §. vlt. C. de necess. hered. instit.* vbi addit Iustin. quid è contrario iuris fuerit, si seruus hic impuberi substitutus fuisset cum libertate. Id nimirum vt præualeret libertas, quamuis non nisi sub condicione data, & pendēte cōdicione pupillaris substitutionis pro statulibero interim seruus haberetur, nec priùs in legatarij dominium transiret quàm libertatis id est substitutionis condicio defecisset. In quo tamen posset quis putare fortassis, quòd vir quidam doctus aliquando Iustinianum Tribonianúmque defendebat, deceptos esse iuris veteris ignoratione. Etsi enim verum est quotiescunque idem seruus & legatus fuisset & libertatem eodem testamento accepisset præualuisse semper eam scripturam quæ nouissima esset siue pro libertate faceret, siue pro legato, in obscura verò voluntate præualuisse libertatem *l. si seruus legatus 50. D. de fideic. libert.* Id tamen tunc verè dicebatur, cùm fieri non poterat vt valeret vtrumque libertas scilicet & legatum, quod eueniebat si vtrunque purè relictum esset. Sed legato purè relicto, libertate verò sub condicione quæ posset existere, posset etiam non existere, videbatur nihil causæ fuisse cur vsque adeò libertas præualere deberet, vt pendente quoque libertatis condicione legatum irritum constitueretur. Quid enim prohibebat valere interim legatum, sed tamen euanescere posteà existente quandocunque

d.l.5. §. vlt. C. de necess. hered. instit.

L. si seruus legatus 50. D. de fideic. libert.

stit. Hic autem seruus de quo agimus esset prorsus alienus propter legatum Titio factum, eique omnimodo pupillarem hereditatem acquireret existente pupillaris substitutionis condicione si non esset ipse statuliber propter adscriptam ei sub pupillaris substitutionis condicione libertatem. Igitur adiecta sunt verba illa *cum libertate*, vt casus qui dubitabilior esset tractaretur. Videbatur enim absurdum vt testator libertatem daret ei seruo quem iam alteri legasset, dilata præsertim libertate in id tempus quo seruus ille ex legato puro iam factus esset alienus. Sed tamen aliud Vlpiani iudicium est, Nihil interesse an substitutus sit pupillo cum libertate, an in ipsius testatoris hereditate institu tus, idem qui fuerit eodem testamento anteà legatus. Vtroque siquidem casu præualet nouissima scriptura libertatis non hactenus vt ab initio legatum non valeat & impediatur per dationem libertatis cuius condicio potest deficere. Sed vt pendente libertatis condicione legatum sit in suspenso, tanquam condicionale. Itémque vt perimatur legatum & euanescat existente substitutionis condicione, non etiam vt finiatur, quomodo finitur aliis casibus in quibus legatur is qui iam statuliber est. Non enim minùs statuliber est cui libertas sub condicione data fuit eo ipso testamento quo idem alij legatus fuit, quàm si nulli legatus esset, quandoquidem non efficit legatum quin maneat seruus in domini sui eiusdémq; testatoris potestate, satísque est quod non minùs statulibertas per legem duodecim tabularū quàm legatū confirmatur, licèt priùs cedat dies legati, quàm libertatis etiā purè nedum condicionaliter relictæ. Cedit enim ille statim ex die mortis, hic non nisi ab adita hereditate *l. vnic. §. in nouissimo & §. libertatibus* C. *de caduc. tollend.* nisi cùm necessarius aliquis heres est, quo casu in vnum concurrit vt & heres existat & dies legatorum omnium cedat *d. l. si post mortem §. 1.* Ex quibus apparet quam rationem habeat quod Iustin. constituit in *d. l. 5. §. vlt. C. d. necess. hered. instit.* vt si seruus Titio legatus idem impuberi substitutus sit sine libertate, non modò liber fiat seruus & heres ex pupillari substitutione, quotiescunque condicio euenerit, sed etiam legatum ipsum interim sit in suspenso, nec priùs acquiratur legatario quàm certum esse cœperit substitutionis condicionē existere amplius nunquā posse. Etsi potuerat Iustiniano satis esse vt iuberet haberi libertatē pro tacitè adscripta in eū ipsū casum quo data pupilli hereditas fuisset. Non etiā addito eo vt legatum interim suspenderetur, cùm manente in cæteris salua iuris veteris ratione futurū esset vt existētē substitutionis cōdicione legatū euanesceret, atq; interim tāquā condicionale legatario acquiri prohiberetur. Adeò vt si libertatis cōdicionē vel diē omnimodo venturā esse certū esset, legatū omnimodo quoque & ab initio inutile cēseri deberet, secūdū Iuliani sētētiā in *d. l. si post mortē §. vl.* quāuis in eo dissēserit à Iuliano Papinianus in *d. l. peculiū 65. §. si Titio de leg. 2.* tā apertè vt cōciliādis iis frustra Bartol. post Accursiū cęteriq; interpretes hucusq; laborauerint, Papinianū intelligētes de fideicōmissaria libertate, qui tamē, quod nec Bart. dissimulare potest, nō loquitur nisi de directa. Alia lōgéq; diuersa species est quā Iulian⁹ tractat in *l. qui filio 38. in prin. De hered. inst.* vbi scribit seruum filio exheredato legatum posse eūdem post mortem filij heredem ex parte institui, eodem prorsus modo, inquit, quo seruus Sempronio legatus idē post mortem Sēpronij heres ex parte institui potest. Loquitur enim eo loco Iulian⁹ de seruo nō

d. si post mortem §. 1.
d. l. 5. §. vlt. C. de necess. hered. instit.

d. si post mortem §. vl. & l. peculiū 65. §. si Titio de leg. 2.

L. qui filio 38. in princ. de hered. instit.

pupillariter substituto sed instituto , vt ex eo apparet non solùm quòd loquitur de institutione, non de substitutione, sed quòd etiam ponit seruum non nisi ex parte institutum heredem. Siquidem nihil vetat eum seruum qui siue filio exheredato siue alij cuilibet legatus sit post legatarij mortē substitui pupillariter solū & ex toto asse. At vt solus instituatur post mortem filij exheredati, cui fuerit legatus (de illo namque Iulianus tractat) fieri non potest, quia vt exheredatio valeat necesse est aliquem esse patris heredem viuo filio, ne alioqui filius post mortem suā exheredatus fuisse videatur *l. suus quoque 4. §. vlt. eod. tit. l. si ita scriptum 13. §. vlt. De liber. & post.* Exheredatione autē non valente, totum testamentum corruit, & consequenter legatum quoque filio exheredato relictum. Nihil porrò interest an seruus hic fuerit institutus cum libertate an sine libertate, quod ad hoc vt institutio ipsius defendatur, de quo tantùm Iulianus disputat. Interest sanè hactenus quod si cum libertate institutus sit, heres ipse sit proprio nomine. Si sine libertate, facit heredem dominum, id est eum quem filius exheredatus cui fuerat legatus heredem suum aut testamentarium, aut legitimum reliquerit, Vt proinde non possim videre cur Iulianus quæstionem conceperit de filio impubere, cùm neque de pupillari substitutione tractet, vt diximus, neq; aliud sit in filio pubere. Faciléque mihi persuadeo ex interpretis alicuius glossemate dictionem illam irrepsisse. Decepti, vt credibile est ex *d. l. si seruus 18. §. 1. De vulg. & pup. subst.* quasi vtriusque loci eadem species ac sententia esset, Quod non ita est. Ibi enim tractat Vlp. expressim de pupillari substitutione, quam constat non alij quàm impuberi filio fieri posse. Hic verò Iulianus de institutione facta in testatoris hereditate, à qua prorsus alienum est quærere an filius pubes sit, an impubes. Idem est vt Iulianus ait & in alia specie, cùm seruus Sempronio legatus idē post mortem Sempronij ex parte heres instituus fuit. Nam & legatum valet propter adiectionem coheredis, quem ideo Iulianus ponit datum esse, Ne alioqui legatum Sempronio factū, quod nō nisi adita hereditate valere potest, in id tempus collatum videretur, quo Sempronius iam defunctus esset, Et nihil interest an institutus sit seruus cum libertate, an sine libertate, cùm pro parte duntaxat institutus fuit. Nam priore casu heres erit proprio nomine, Posteriore verò hereditatem acquiret ei quem Sempronius reliquerit heredem. Addidi *cùm ex parte duntaxat institutus fuit.* Quia si solus & ex asse institutus proponeretur, neque legatum valeret propter eam rationem quam attigi, neque consequenter institutio quæ facta esset sine libertate , secundùm tempora Iuliani. Quod non satis bene videtur animaduertisse Bartolus qui duas illas à Iuliano propositas species sic distinguit, vt cùm fateatur exheredationem filij quæ duntaxat post ipsius mortem confirmetur, non valere, non tamen absurdum putet, vt alicui post mortem suam legetur , inspecto etiam eo iure, quod Iuliani temporibus obtinebat. Contra quàm scriptum sit ab Vlpiano in *Fragmen. tit. 24. §. post mortem & à Paulo lib. 3. Sentent. tit. 6. §. post mortem*, testatúmque à Iustiniano nostro in *§. post mortem infr. De legat.* vbi de eo latiùs dicemus.

L. suus quoque 4. §. vlt. eod. l. si ita scriptum 13. §. vlt. de lib. & posthum.

L. si seruus 18. §. 1. De vulg. & pupill. substit.

§. post mortē infr. de lega.

ILLA-

ILLATIO V.

De seruo scripto libero sub condicione, herede verò purè, & interim vendito.

QVintò ex hoc eodem Principio fit quod Iulianus scribit in *d. l. qui filio 38. §. si quis De hered. instit.* Si quis seruum suum liberum sub cōdicione, heredem verò purè scripsisset, eúmque vendidisset pendente condicione, seruum iussu emptoris adire hereditatem posse, quia & constitit institutio ab initio, & est nunc qui ius imperandi habet. Sed si post defectā libertatis condicionem alienatus fuisset, aliud dicendum fore, quia ad emptorem peruenisset eo tempore quo iam extincta institutio & inutilis facta esset, id est, quo hereditas seruo proprio sine libertate data reperiretur. Nihil enim aliud erat, quod institutionem huiusmodi ab initio vtilem faceret, nisi quod quamuis hereditas esset relicta purè, libertas autem sub condicione, non posset tamen dici hereditatem sine libertate datam esse, quandiu libertas in eo erat vt competere posset simul cum hereditate, nimirum si viuo testatore libertatis condicio extitisset. Ponendum enim adscriptam fuisse libertati cōdicionem ex earum genere quę viuo etiam testatore impleri possunt, de quibus in *l. 2. De cond. & demonstr.* quales sunt casuales omnes non etiam quę dicuntur promiscuę id est potestatiuæ *l. si iam facta 11. eod.*

L. qui filio 38. §. si quis D. de hered. instit.

l. 2. l. si iā facta 11. De cōdic. & demonstr.

ILLAT. VI.

De seruo alieno libero & herede scripto, posteáque testatori acquisito.

SExtò ex eodem Principio fit, vt si seruum alienum liberum & heredem esse iussero, & is postea meus effectus sit, neutrum valeat, neque libertas quæ inutiliter seruo alieno data fuit, neque hereditas quæ inutili facta libertatis datione, sine libertate data reperitur *l. si alienum 49. in princip. D. de hered. instit.* Diuersum est si seruum meum heredem institutum cum libertate viuus vendidero, adeóque si voles ei cum quo testamenti factio non est, illúmque postea redemero. Nam perinde mihi heres esse poterit ex testamento, quia medium tempus non vitiat institutionem, sufficítque meum fuisse vtroque tempore & testamenti & mortis *l. seruum meum 50. iunct. §. in extraneis d. l. si alienum eod.*

l. si alienum 49. in princ. D. de cond. & demonst.

L. seruum meū 50. & §. in extraneis d. l. si alienum.

PRINCIPIVM VII.

De solennitate manumissionis facienda per minorem cum manumittit vindicta.

§. eadē lege hoc ti. l. 1. D. de manum. l. si minor 11. D. de manum. vindict. §. vlt. hoc ti. l. libertas 106.

EX lege Ælia Sentia domino minori annis viginti non aliter manumittere permittitur, quàm si vindicta apud consilium iusta manumittendi causa adprobata, manumissionis sollennitas peragatur. *§. eadem lege hoc tit. l. 1. D. de manumiss. l. si minor 11. & tot. tit. De de manum. vindict. & C. eod.* Ratio huius Principij est, vt Iustin. scribit in *§. vlt. huius tit.* quòd libertas sicut fauorabilissima est, ita sit etiam inæstimabilis *l. libertas 106. De reg. iur.*

L.non est singulis 176. §. 1. De regul. iur.

L.1 in Prin. & § 1.D.de minor.

id est infinitæ æstimationis l.non est singulis 176.*§.1.eod.*ac proinde quam non sine magna iustáque causa dari oporteat,cuius causę liberum arbitrium non fuit permittendum minori annis viginti, cùm ea ætas quæ in minoribus quoque rebus administrandis alieno curatoris consilio regi solet & debet, vix boni consilij capax sit,ne quidem ante vicesimunquintum annum *l.1.in prin.& §.1. D.de minor.*Satísque in eo libertati indultũ videtur quod vicesimo,nõ quinto post vicesimum annum lex Ælia Sentia manumittendi prohibitionem cõclusit.Fuit tamen ea lex necessaria,quoniam alioqui manumissio etiã à minore facta & nulla quoque iusta causa interueniente nihilominùs valuisset,tanquam à domino facta cui nulla vnquam lege interdicta fuit alienatio rerum suarum mobiliũ, inter quas adnumerari seruos certum est *l.3.§. Nerua filius D de acquir.poss.*Oratio namque Seueri & senatusconsultum ad eã factũ de quo in *l.1.& tot.tit.De reb.eor.qui sub tutel.vel cur.sunt sine decre.non alien.*non ad res mobiles pertinet,sed tantùm ad immobiles,id est ad prædia *l.1.& tot. tit.C.de præd.minor.* Potest quidem minor qui de re mobili malè id est damno suo contraxerit ita vt se lęsum probare possit restitutionem in integrum postulare *l.nam posteaquàm 9.§.si minor.D.de iureiur.& tot.tit. C. de in integr. rest.minor.cum seqq.* Sed causa libertatis semel datæ extra periculum restitutionis semper fuit,quia cõtra libertatem dari restitutionem impossibile est, vt ait *l.si ex causa 9.§.vlt.D.de minor.& tot tit.C.si aduers. libert.* Itaque vt minoribus aduersus hanc tanti damni occasionem prouideretur, necesse fuit ferri legem quæ huiusmodi libertatibus obuiam iret, eásque dari prohiberet,ne dubitari posset quin competere non possent ex ea manumissione quæ contra legem facta reperiretur. Quicquid enim contra legem fit, ipso iure irritum est nulliúsque momenti *l.non dubium* 5.C.*de legib.* Denique fauor libertatis qui facit vt libertas semel competens reuocari & retractari nunquã possit causam dedit legi Æliæ Sentiæ quę faceret,vt ab initio libertas impediretur, vt scripsimus ad Princip.*illat.2.sup.eod.* Iustæ porrò manumissionis causæ plures sunt ex tempore futuro,ex præterito autem pene infinitæ quia multa merita incidere possunt propter quæ honestum sit libertatem cũ decreto præstare,quas æstimare debebit is apud quem ea de re agitur, inquit Paulus in *l.etiam* 15.*De manum. vindict.* Illud verò in causis probandis magistratum meminisse oportet,vt non ex luxuria,sed ex iusto adfectu descendẽtes causas probet.Neque enim deliciis, sed iustis adfectionibus legem Æliã Sentiã dedisse iustã libertatẽ credendũ est *l.illud 16.eod.* Pleraque ex iustis iis causis enumerantur in *l.iusta 9.l.si minor* 11.*& quatuor seqq. eod.* & à Iustin.in *hoc tit.*De quibus nihil dicimus,quia nullam habent difficultatem, nisi quod Iustinian. inter cæteras hanc ponit siquis seruum manumiserit procuratoris habendi gratia exigitq;,vt non minor decẽ & septẽ annis sit is qui ex ea causa manumittitur. Vlpianus verò in *l.si collactaneus* 13.*De manum. vind.* exigit vt non minor sit annis decem & octo. Sed vterque locus coniungendus est vt decimumseptimum annum prorsus impletum esse necesse sit, at decimũoctauum cœptum esse sufficiat.Reliqua quæ ad hanc manumittendi causam pertinent posteà dicemus.

l.3.§ Nerua filius D. de acquir. poss.

l.1.C.de præ. minor. & tot tit.itémque D. de reb. eor. qui sub tutel.

l.si ex causa 9.§.vlt. D. de minor.ti. C.si aduers. libert.

L.non dubiũ 5.C. de legi.

L. etiam 15. D.de manu. vindict.

L. illud 16. eod.

L. iusta 9.l. si minor. 11. cum quat. seqq.eod.

L.si collactaneus 13. D. eod.

ILLA-

ILLATIO I.

De minore qui manumittit vltimo die anni vicesimi.

EX hoc Principio illud primùm fit vt qui Cal.Ianuariis natus est, post sextam noctis prid.Cal.quasi annum vicesimum cõpleuerit, manumittit possit *l.1 D.de manum.*vbi rationem Vlpian.reddit quòd non maiori annis vinginti lex permittit manumittere, sed minorem manumittere vetat.Iam autem minor non est qui diem supremum agit anni vicesimi. Aliud siquidem est Maiorem esse, Aliud non esse minorem. Sicut & contra aliud Esse minorem,& non esse maiorem.

L. 1. D. de manumiss.

ILLATIO II.

De seruo communi manumisso per minorem viginti annis.

SEcundò ex eodem Principio fit vt minor viginti annis dominus, nec communem quidem seruum sine consilio rectè manumittat *l.si pater 4. §.minor.D.de manum.vindict.* Quod enim commune est vtriusque est, sed pro parte non in totum *l.serui electione 5.§.1.& vlt.De legat 1.l.duo fratres 78. D.de acquir.hered.* Vnde est quod nec olim poterat vnus ex dominis inuito socio seruum communem manumittere,vt supra sæpius à nobis dictum est ex Vlpiano in Fragment.& ex Iustiniano in *l.1.C.de commun.seru.manum.*Extra eum casum quem Marcellus tractat in *l.domino 16.D.de SC.Silan.* vbi ait domino à familia occiso si seruus communis necem eius detexerit liberum quidem eum fieri debere fauore libertatis, sed tamen socium precij partem sibi contingentem consequi oportere. Fuit etiam illud priuilegium fisci vt communem seruum inuito socio manumittere posset,vt & aliam rem communẽ quãlibet alienare in solidũ *l.2.C.de cõmun.rer.alien.l.vnic.C.de ven.rer. fiscal.cum priuat.commun.lib.10.tit.4.*Fuit item militum vt præsefert Iustiniani constitutio in *d.l.1.C.de commun.seru.man.*quæ idem ius fauore libertatis ad paganos omnes protraxit,inducta certa sollennitate æstimandæ partis quam in eo seruo socius habeat,& æstimationis obsignandæ si solutionem accipere socius nolit.Obseruandum tamen est iam olim ita ius fuisse,vt communis seruus à dominis minoribus viginti annis posset apud consilium manumitti, quamuis vnus ex sociis causam non adprobauerit. Sic enim addita negatione legendum puto in *l.seruus communis 6.D. de manum.vindict.* Quasi iusta manumissionis causa ex parte socij qui nullam habet,illa sit quòd socius habet iustã,Concurrente scilicet vtriusque domini in manumittẽdo voluntate. Alioqui non potuit socius qui manumittendi causam quantumuis iustam haberet manumittere seruum communem socio inuito,ne quidem si socius ille maior esset annis viginti.Multò igitur minùs,si minor. Et sanè nõ fuit iniquũ ita ius constitui eo saltẽ casu quo vtriusque voluntas concurreret, cùm sit verũ,cõmunem seruum eius esse qui iustã manumittendi causam habet licèt alterius quoq; sit,qui nudã manumittẽdi volũtatẽ sine causa habet. *l.illud 46.D.de rit.nupt.l.pupillus 239.§.vlt.De verb.signific l.si seruus communis 61.in fine prin.D.de fur.*Prẹsertim cùm fieri possit vt quẹ iusta manumissionis causa est in vno ex sociis,aliã quãlibet causã etiã in alterius socij persona excludat,Puta si quis matrimonij causa ancillã manumittat. Nã sicut ancilla vna pluribꝰ eodẽ tẽpore nubere nõ potest,cùm matrimonium nihil aliud sit quàm

L.si pater 4. §.minor. D. de manum. vindict.

L.1 C.de cõmun.ser.manum.

L.2. domino 16.de SC.Silan.

L.2. de commun.rer. alien.l. vnic. C.de vend. rer.fiscal.cũ priuat.commun.

L.seruus cõmunis 6. D. de manum. vindict. emendata.

L. illud 46. D. de rit. nupt.l pupillus 239. §. vlt. de ver. signific.

cōiūctio maris & fœminę indiuiduā vitæ societatē continens vt cū Iust.dicemus ad *l. De patr.potest.infr.* ita si duo domini matrimonij causa manumittere velint, recipi causa nō debet *l.etiā 15 §.si duo De man.vind.* quia inuicē sibi obstāt, nisi cōsentiāt cui ex iis ancilla nuptura sit post manumissionē. Deniq; volūtas socij nullam manumittendi causam iustam neque propriam, neque communem habentis, adeóque manumissio ab ipso facta quidni saltem habeatur pro consensu per eū præstito manumissioni iustæ, quam alius socius facere potuerit & debuerit? Plus enim vtiq; facit qui manumittit ipse quàm qui manumissioni simpliciter consentit. Atqui lex Ælia Sentia quæ vetat ne minor annis viginti seruum manumittat, non tamen prohibet ne manumittenti alij consentire possit, vt mox dicemus.

L. etiam 15. §. si duo D. de manum. vindict.

ILLATIO III.

De minore viginti annis consentiente manumissioni serui sibi obligati.

L.4.§. vlt. eod.

TErtiò ex eodem Principio fit quod ad Iulianum Paulus notat in *d.l.4.§. vlt.eod.tit.de manum.vindict.* Si pignori obligatum sibi seruum minor viginti annis manumitti patiatur, rectè fieri manumissionem, quia non tam manumittere is ipse, quàm non impedire manumittentem intelligitur. In qua ratiocinatione vt bona sit, necessariò supplendum est, quod proximè diximus, lege Ælia Sentia prohiberi duntaxat minorem annis viginti ne manumittat, non etiam ne manumittenti consentiat. Lex enim & à iuris communis ratione & à libertatum fauore aliena, non fuit adiuuanda interpretatione vt ad consentientem quoque porrigeretur. Indéque etiam est, quod modo dicebamus, seruum communem à dominis minoribus viginti annis posse apud consilium manumitti, quamuis vnus ex sociis causam non adprobauerit *d.l.seruus communis 6.eod.* quia cùm partes quas socij habent in seruo communi iuris intellectu magis quàm re ipsa constituantur, aut corporis diuisione vt de rebus omnibus pro indiuiso communibus scribit Papin.in *l. Manius 66.§.duorum de legat.2.* communisque seruus non solùm apud vnumquemque dominorū partim sit proprius, partim alienus, vt Iustin.ait in *l.2. C.de commun.seru.manum.* sed etiam duorum quodammodo seruorum personam sustineat, ideóque ipsius persona talis cōdicionis sit vt in eo quod alter ex dominis acquirere potest, alter non potest perinde habeatur acsi solius eius esset cui adquirendi facultatem habet *l.1.§. communis seruus D. de stipulat.seruo* Non est dubitandum quin communis seruus ab altero duntaxat ex dominis manumissus, à vero proprióque domino, perinde manumissus intelligatur acsi solum illum dominum haberet, Proinde nihil est quod impedire possit quominus ex eiusmodi manumissione plenam iustámque libertatem consequatur, nisi quod cùm alter socius tantundem in eo seruo iuris habeat, non est huic permittendum vt seruum communē manumittat, aut de qualibet alia re cōmuni pro arbitrio disponat inuito socio vel ignorāte. In iure nāque pari placet meliorem esse causam prohibentis *l.Sabinus 28. D.commun.diuid.* Quæ ratio cessat quoties adest socij cōsensus qualiscunque, dummodo legitimus id est cui legis autoritas non resistat. Porrò neque lex Ælia Sentia neque alia vlla impedit consensum minoris viginti annis, nisi propo-

l.seruus communis 6 eo. L. Manius 66.§. duorū de legat. 2. L.2.C.de cōmun. seruo manum.

L.1.§. cōmunis seruus D.de stipul. seruor.

proponas pupillum, cuius ætas non patitur vt consentire possit citra tutoris autoritatem *l.in fraudem 27.§.pignori D.qui & à quib.manum.* *L. in fraudē 27.§.pignor D.qui & à quib.manu.*

ILLATIO IV.

De minore consentiente manumißioni eius serui in quo habet vsumfructum.

QVartò ex eodem Princip fit,vt quamuis seruus in quo vsusfructus alienus est, manumitti à domino non possit nisi fructuario consentiente, quia non minùs iuris habere potest fructuarius quàm creditor cui seruus ille pignori specialiter obligatus sit,si tamen fructuarius minor sit annis viginti, consentire libertati possit,& consentiendo ad libertatem perducere *l.2.D.de manum.vindict.* *L.2. D. de manu. vin.* Nam neque de hoc minore lex Ælia Sentia locuta est, cùm nō ipse manumittat,sed tantùm manumittenti cōsentiat,nec libertatem det ipse, sed tantummodo perducat ad libertatem,id est struat viam libertati,tollátque obstaculum quod alioqui facturum esset ne seruus,quamuis à domino suo manumissus,ad libertatem peruenire vnquam posset.

ILLATIO V.

De minore viginti annis manumittente ex causa fideicommißi.

QVintò ex eodem Principio fit,vt si minor viginti annis legatū sibi seruū manumittere per fideicommissum rogatus sit, incunctanter debeat ei permitti *l.si rogatus 20.eod.* *L.si rogatus. 20.eod.* id est nulla alia exacta iustiore manumissionis causa. Nec enim minori magis quàm maiori permissum est accepti legati onus reiicere, defunctíque voluntatem circumuenire,in ea præsertim re ex qua dānum nullum timere,contrà verò lucrum aliquod sperare possit:quod hic euenit. Quid enim damni possit minor incurrere manumittendo seruum quem alius sub eo fideicommisso ipsi reliquerit,non alias relicturus? An non potiùs lucrum sentit qui propter eiusmodi manumissionem fit patronus, sibíque libertum acquirit? Et verò constat legem Æliam Sentiam hac parte prospicere duntaxat voluisse ne minoris patrimonium per libertates sine causa datas iacturam & diminutionem pateretur,quod verendū non est,cùm non nisi fideicommissaria libertas prestatur ei quem ex causa lucratiua minor in hāc ipsam rem ab alio acceperit. Nec est contrarium quod Papin.scribit in *l. causam 20. ver.non idem D.de manumis.* *l. causam 20.vers.non idem D. de manumiss.* in fideicommissaria quoque libertate id iuris esse vt eius causam minor probare debeat, in eóque duriorē esse condicionem libertatis fideicōmissariæ quàm eius quæ debeatur à minore viginti annis qui seruum sibi donatum manumittendi gratia acceperit,quem non nisi ex abundanti manumissionis causa probare placuit. Sensus enim est, Non esse permittendū minori annis viginti vt fideicommissariam libertatem det vltrò & propria autoritate, sed permittendum id ei esse à prætore causa apud consiliū probata. Vel ob hoc ipsum vt sciatur an fideicommissaria libertas data sit & à quo, Itē an propriū an alienū seruū manumittere per fideicōmissum hic minor sit rogatus,propter eam rationem quam mox proferemus. Ceterū nō aliā iustiorē manumittēdi causam exigere prætor debet,quàm hāc,quod fideicōmissaria libertas debeatur. Dices, Et in eo quoque minore annis viginti,qui seruū

ſibi donatum manumittendi gratia acceperit neceſſarium eſſe ad validandam manumiſſionem, vt appareat hanc donationi legem adſcriptam fuiſſe, Verùm ſunt iſta differentia, Cauſam adeſſe & probari. Adeſſe ac ſubeſſe neceſſe eſt, vt ſeruus qui eâ lege donatus dicitur peruenire poſſit ad libertatem, ſiue per manumiſſionem; ſiue ex ſola poteſtate conſtitutionis Diui Marci ad Aufidium Victorinum. Sed probari non eſt neceſſe ad hoc vt libertas competere poſſit, Cùm nullo etiam facto donatarij interueniente ſola poteſtas iuris det libertatem, Ius autem nulla facti probatione indiget cùm de iis omnibus quæ vel iam facta ſunt, vel in præſenti fiunt lex non minùs certa ſit, quàm natura *l. cùm ad præſens 37. & ſeqq. De reb. credit.* Planè ſi apud prætorem negetur ex ea cauſa competere libertatem, probanda erit proculdubio lex donationis, ſed ea probatio nõ eò pertinet vt libertas in futurũ competere poſſit, ſed potiùs vt appareat & pronuncietur iam ex eo tempore quo lex impleri debuit, libertatem ſine manumiſſione ac ipſo iure competiiſſe, aut ſi manumittendi tempus nondum præterierit, minùs cunctandum habeat prætor in permittenda manumiſſione *l. illud 16. §. 1. De manum. vindict.* At in fideicommiſſaria libertate aliud eſt, quia is etiam cui in præſtanda fideicommiſſaria libertate mora facta eſt non idcirco fit ipſo iure liber, ſed per ſententiam prætoris, & euocato priùs eo qui libertatem præſtare debuit *l. cùm verò 26. §. ſubuentum D. de fideic. libert.* Itaque cauſam ſemper prætor inquirit, eiúſque probationem exigit, priùs quàm eum qui libertatem ſibi ex fideicommiſſo debitam eſſe contendit ad libertatem venire patiatur, ídque eſt quod Papin. ait in *d. l. cauſam*, *Nã libertas niſi ita manumiſſo non competit.* Cæterum vbi conſtat prætori datam eſſe per fideicommiſſum libertatem licèt ab eo præſtandam, qui viginti annis minor ſit, incunctanter ei debet permittere vt libertatem præſtet, queadmodum loquitur Vlp. in *d. l. ſi rogatus.* Nempe ſi alienum ſeruum manumittere rogatus ſit, Nam ſi proprium, poteſt iuſtus fieri cunctationi locus. Conferenda ſiquidem erit quantitas emolumenti, quæ ad eum peruenit ex iudicio eius qui rogauit, cum precio eorum quos manumittere rogatus eſt *d. l. ſi rogatus.* Non enim legati aut fideicommiſſi nomine poteſt quis vnquam in plus onerari, quàm ad eum ex teſtatoris iudicio & liberalitate peruenerit *l. filiusfamilias 114. §. apud Marcellum de leg. 1. l. 1. §. ſi is qui quadringenta l. ex facto 17. §. non tantum D. ad SC. Trebell.* (Id enim tunc verum eſt, cùm quantitas cum quantitate confertur, non etiam cùm pecunia accepta rogatus quis eſt rem propriam, quæ maioris precij ſit reſtituere *l. Imperator 70. § ſi centum De legat. 2.*) Sed quia permittendum non ſit minori vt ſe in plus oneret quàm accipere poſſit ex teſtamento quandoquidem ex ea cauſa reſtitui poſſet in integrum ſi de ea re quæ reſtitutionis auxilium admitteret, non de libertate iam ex fideicommiſſo data tractaretur, aduerſus quam vt ſuprà dixi, reſtitutio dari non poteſt *l. 1. & tot. tit. C. ſi aduerſ. libert.* Dixi *de libertate ex fideicommiſſo data*: quoniam ſi non data, ſed tantùm debita eſſet, vtique poſſet minor aduerſus legati agnitionem reſtitui ne libertatem præſtare deberet, ſcilicet reddendo legatum, cuius perceptio eum ad libertatem præſtandam obligaſſet *l. ait prætor 7. §. Pomponius alias l. etſi ſine in princ. D. de minor.* Quãquam videtur ius hoc non minorum eſſe proprium, ſed commune omnium qui ex legati percepti cauſa obligantur, vt reddendo legatum poſſint aſſequi ne rem propriam quæ precioſior ſit reſtituere

l. cùm ad præſens 37. & ſeqq. D. de reb. cred.

L. illud 16. §. 1. D. de manu. vindict.

L. cùm verò 26. § ſubuentum D. de fideic. libert.

d. l. ſi rogatus 20. De manu. vindict.

l. filiusfamilias 114. §. apud Marcellum de leg. 1. l. 1. § ſi is qui quadrin genta l. ex facto 17. §. non tantum D. ad SC. Trebell.

l. imperator 70. § ſi centũ de lega. 2.

Tit. C. ſi aduerſ. libert.

L. ait prætor 7. §. Pomponius aliàs l. etſi ſine, in princip. D. de minor.

tuere compellantur *d.§.si centum*, si nobiscum emendes Papinianũ in illis verbis *si quod legatorum nomine perceperit, legatarius offerat* & pro *si*, legas *nisi*, quomodo legendum esse probabimus ad *§.1.infr.De singul.reb. per fideic. relict.* & iã scripsimus *lib.17.Coniect. cap.7.* Idémque admittendum puto si condicionis implendæ causa manumittere minor velit, Puta si heres institutus sit sub hac condicione, si seruum ad libertatem perduxerit, Nimirum vt quod generaliter Paulus scribit in *d.l.etiam 15.in princip.De manum. vindict.* minori viginti annis permittendum esse vt ex hac causa manumittat, cum supradicta distinctione accipiatur, si quantitas emolumenti quod ex hereditate iudicióque testatoris ad minorem peruentura est, æquet, aut superet precium serui manumittendi.

d.§.si centũ emendatus.

L.etiam 15. in prin. De manu. vindict.

ILLAT. VI.

De manumisso per minorem seruo quem acceperat ex donatione, ea lege vt manumitteret.

SExtò ex eodẽ Principio fit, vt multò magis permittendum sit seruo minori annis viginti, vt possit seruum manumittere quem ex donatione acceperit hac lege vt eum manumitteret ne constitutio Diui Marci superueniens cũctationem consulis dirimat, inquit, *l.si rogatus 20.§.1.eod.* id est ne alioqui citra factum vllum minoris & sola constitutionis potestate post tempus elapsum intra quod manumitti seruus debuit reperiatur factus liber ipso iure, ita vt nullus deliberationi locus amplius relinquatur an possit aut debeat serus hic à minore manumitti qui iã sit liber. Vnde illud est quod proxima illatione dicebamus ex Papiniano in *d.l.causam 20.D.de manumiss.* causam huius manumissionis non nisi ex abundanti & inquiri & probari, cùm nec manumissio ipsa necessaria sit ad hoc vt seruus hic perueniat ad libertatem. Prolatio sanè conuentionis & legis donationi dictæ necessaria est siue tractetur de libertate danda, siue de ea quæ dari debuerit intra certum tempus, nec data sit, ipso iure competente *l.illud 16.§.1.De manum.vindict.*

d.si rogatus 20.§.1.eod.

l. causam 20.D.de manumiss.

l.illud 16.§. 1.D. de manum. vind

SEptimò ex eodem Principio fit vt si consentiente patre filius minor annis viginti seruum eius manumiserit, competat libertas ex ea manumissione, nec obstet lex Ælia Sentia, etiamsi manumissionis causa nulla probata sit. Cessat enim hoc casu ratio legis suspectum habentis iudicium minoris, cùm præstitus patris cõsensus faciat vt pater ipse potiùs quàm filius manumittere videatur, Adeò vt nec filij manumittentis libertus hic fiat sed patris *l.si consentiente 16.D.de manum.* Nam nec filius ante manumissionem dominus fuit, sed pater. Quemadmodũ autem eius solius est libertatem dare, qui dominus fuit, Ita & euenire necesse est vt is qui manumissus est eius libertus fiat, cuius anteà fuit seruus, Multò magis idem probandum est in specie *l.pater 22. D.de manum.vindict.* Id est si pater ex prouincia ad filium suum minorem annis viginti Romæ agentem epistolam fecerit, eíque permiserit, vt quem vellet ex seruis suis quos in ministerio secum habebat, vindicta liberaret. Nam si filius posteaStichum manumiserit apud prætorẽ etiã causa nulla probata, nõ eo minùs liber erit Stichus, quia quod filio à patre cõcessa electio est, nõ facit quin pater ipse manumisisse videatur, acsi nominatim de eo ipso Sticho manu-

L.si consentiente 16.D. de manum.

l.pater 22. D de manum vindict.

L. vnum ex familia 67. §. 1. de lega. 2.

mittendo pater per epistolam sensisset *arg. l. vnum ex familia 67. §. 1. De legat. 2.*

ILLATIO VIII.

De manumissione facta consilio quidem adhibito, sed apud alterius prouinciæ præsidem.

d. l. etiã 15. §. vlt. De manu. vindict.

OCtanò ex eodem Principio fit, vt hi qui in Italia vel in alia prouincia domicilium habent, apud alterius prouinciæ præsidem consilio adhibito manumittere possint *d. l. etiam 15. §. vlt. De man. vind.* nempe quia legis Æliæ Sentiæ huiusmodi manumissiones prohibentis non aliud propositum est, quàm ne solo minoris iudicio quod, vt dixi, nimis suspectum habet ad tantam rem dandam quanta libertas est, manumissio expediatur, quod nõ euenit cùm prouinciæ licèt alterius præses adhibito consilio suam cognitionem interponit. Idémque ferè iuris est & in cæteris omnibus quæ sunt voluntariȩ nõ contentiosæ iurisdictionis, cuiusmodi sunt manumissiones omnes, adoptiones, emancipationes, insinuationes, & alia si qua sunt huius generis, vt & quocũque loco & apud quemcũque magistratũ expediri possit *l. emancipari 36. in prin. & §. 1. D. de adopt. l. data 27. l. in hac 30. in fin. C. de donat.* Quãquã nõ de omnibus magistratibus intelligendũ illud est, sed de iis tantùm qui talẽ habuerunt iurisdictionem, id est apud quos fuit legis actio. Non enim apud omnes fuit, sed apud eos tantùm quibus propter vim imperij cõpetebat, vt cõsulibus & prætoribus in vrbe, prȩsidibus verò & proconsulibus in prouincijs adeóque ex quo vrbẽ egressi essent *l. apud proconsulem 27. in prin. De manu. vind.* non etiã proconsulũ legatis *l. 2. §. vlt. & l. 3. De offic. proconſ.* nisi mandatã à proconsule iurisdictionẽ legatus habuisset, ad quem casum omnino coarctandũ est quod scribit Paulus in *d. l. apud proconsulem* §. 1. etiã apud legatum procõsulis manumissionem peragi posse, ne alioqui Cuiacij emendatio recipienda sit qui *lib. 1. Obser. 1. ca. 1.* malè prorsus, & improbabiliter addidit eo loco negationẽ, quomodo & quod scriptum est in *l. pen. de offic. proconſ.* legatos procõsulis tutores dare posse, Nec enim proprium quicquam habuerunt legati, nisi mandata iis per proconsulem iurisdictione *l. legati 13. cum præced. eo.* Apud alios fuit etiam legis actio, sed speciali concessione ex constitutionibus, quomodo scribit Modestinus de præfecto Ægypti in *l. apud præfectum 21. De manumiſ. vindict.* apud præfectum Ægypti posse fieri manumissionem ex Diui Augusti constitutione.

lem ã cipari 36. in princip. & §. 1. D. de adopt. l. data 27. l. in hac 30. in fin. C. de donat.

l. apud Procõsulem 17. in princ. D. de manum. vindict.

l. 2. §. vlt & l. 3. De offic. proconſ.

l. pen. l. legati 13. cũ præced.

l. apud præfectũ 21. D. de manum. vindict.

ILLATIO IX.

De pupillo manumittente apud prætorem eundémque tutorem.

l. 1. eod. tit.

NOnò ex eodem Principio fit vt apud prætorem eundémque tutorem possit pupillus manumittere ipso tutore *l. 1. D. eo.* Perinde nãque hoc casu satisfit legi quȩ tutoris autoritatẽ hac in re exigit, ac si alius quàm tutor ipse prȩtura fungeretur, nec minùs vno quàm alio casu cõsultũ pupillo intelligitur ne malè ac sine causa manumittat. Illud vtique omnino exigimus vt pupillus hic non sit infans, sed infantiam egressus, id est vt sit maior septennio *l. pupillus 14. eod.* iunct. *l. si instanti 18. C. de iur. delib.* Cùm enim non tutor ipse sit qui

l. pupillus 14. eod. iunct. l. si instãti 18. C. de iur. delib.

ſit qui manumittit, quia nec manumittendi ius habet qui ipſe dominus non eſt *l. nec fideicommiſſariam 6. C. qui manum. non poſſ.* ſiquidē manumiſſio non eſt in patrimonij adminiſtratione *l. ſeruus furioſi 13. D. de manum.* cogimur fateri ſeruum pupilli vel nullomodo velà pupillo ipſo manumitti debere. Atqui manumitti non poteſt ab infante, quia non fit manumiſſio ſine verbis ſollennibus à manumittente ipſo proferendis, ſi primam manumiſſionum formulā & ſollennitatem attendamus, Infans porrò vt vel ipſum nomen demonſtrat fari non poteſt, nec proinde verba illa ſollennia & neceſſaria proferre. Nec eſt contrarium quod Hermog. ſcribit in *l. manumiſſio 23. De manum. vindict.* manumiſſionem hodie per lictores etiā domino tacente expediri ſolere. Id enim non illā rationem habet, quòd ea verborum ſollēnitas quæ primis temporibus neceſſaria fuit, hodie ſublata ſit, ſed quoniam vt eadem lex ait verba ſollennia licèt non dicantur, tamen vt dicta accipiuntur. Quomodo autem poſſunt accipi pro dictis ab eo qui etiāſi maximè velis dicere tamen nihil poſſit? Inde etiā fuit olim quod pupillus delatā ſibi hereditatem tutore autore ita poterat ſi non eſſet infans, quoniā hereditatis aditio fiebat prolatis iis verbis ſollennibus, *Hanc Titij hereditatem adeo cernóque l. pupillus 9. D. de acq. hered.* iunct. *l. cretionum 17. C. de iur. delib. Vlp. in fragment. tit. 22. §. 27. & ſeqq.* Ideóque fuit neceſſarium auxiliū conſtitutionis Iuſtinianeæ in *d. l. ſi infanti.* Videtur tamen ius hoc, vt poſſit pupillus maior infante manumittere tutore autore, ad legem Æliā Sentiā de qua nunc agimus nil pertinere. Nā quemadmodum non ex lege Ælia Sentia fit, ſed ex iure communi, vt pupillus etiā qui infantiæ annos exceſſerit ſine tutoris autoritate manumittere non poſſit, vt nec aliud agere quicquā eorum omnium quæ conſiliū & iudicium requirunt *d. l. pupillus 9.* iunct. *§. vlt. l. præ. De acquir. hered.* Ita ex eodē iure fit vt interueniēte tutoris autoritate valeat manumiſſio ex eáq; libertas cōpetat quāuis iuſta manumiſſionis cauſa nulla allegata vel probata ſit, quia licèt pupillus minor ſit 20. annis, cùm tamē eū tutorē habeat quē neceſſe ſit maiorem eſſe vigintiquinque, fruſtra inquireretur cauſa manumiſſionis prętextu pupillaris ętatis, quādoquidē hac parte nō tā à pupillo quàm à tutore fieri manumiſſio intelligitur, quæ ſcilicet nō pupilli ſed tutoris ſolius iudicio expeditur. Sed tamen nō eo minùs accōmodata eſt illatio hæc ad Principiū quod nūc tractamus. Etenim quę ratio cauſam dedit legi Ælię Sentię ne tā fragili & lubrico minoris ętatis cōſilio & iudicio tātę rei quāta libertas eſt donatio cōmitteretur, eadē facere debuit ne lex illa impediret libertates à pupillo datas tutore autore, tāquā in quibus verēdū nō ſit, ne per iudicij & cōſilij imbecillitatem potiùs quàm certa aliqua ratione datæ videātur. Quæ enim ex ceſſante legis ratione inferuntur, perinde ex ipſa lege inferri dicuntur, atque illa quæ rectà ex eiuſdem legis ſiue verbis ſiue ratione deducūtur.

l. nec fideicō-miſſariā 6. C. qui man. non poſſ.

L. ſeruus furioſi 13. D. de manum.

L. manumiſſio 23. D. de manu. vin.

l. pupillus 9. de. acquir. hered. l. cretionum 17. de iur. delib.

d. l. ſi infanti eod.

d. l. pupillus iunct. §. vlt. l. praced. D. de ac. hered.

ILLATIO X.

De filio minore viginti annis apud patrem ſuum eundémque magiſtratum manumittente.

DEcimò ex eodē Principio fit vt filius quoque licèt minor viginti annis apud patrem ſuum qui magiſtratum gerat, manumittere poſſit *l. apud filiūfamilias 18. §. filius D. de mand. vind.* Neque enim credendum eſt paſſurum patrem vt filius fortaſſe miles, & minor annis viginti ſeruum ſuum

l. apud filiūfamilias 18. §. filius D. de man. vind.

manumittat sine causa. Etsi verba illa Pauli *voluntate patris* ostendunt tractari eo loco de eo seruo manumittẽdo, qui nõ filij sit, sed patris, quoniã plerumq; eueniebat vt aliquem ex paternis seruis, siue quẽ pater, siue quẽ filius vellet manumittere filius à patre iuberetur: quo casu iam diximus illat. 7. legẽ Æliã Sentiã habere locum non potuisse, sed alia ratione quàm quæ ad propositam illationem accõmodari possit. Illa videlicet quòd eo casu manumissio nõ tã à filio quã à patre ipso facta intelligebatur. At si ponas seruũ qui à filio manumissus est, ipsius filij propriũ fuisse, ex ea nimirum causa ex qua filius propriũ aliquid habere potest, puta ex causa castrẽsis peculij vel quasi, licèt pater ei manumissioni voluntatẽ suam vel etiã autoritatẽ accõmodauerit, nõ ideo tamen dici potest à patre factam videri manumissionẽ, quippe cuius nec voluntas, nec autoritas necessaria sit in ea re peragenda in qua filiusfamilias ex cõstitutionibus patrisfamilias iure censeatur *l. 2. D. de SC. Maced.* Quid ergo erit quod validam facere possit manumissionem si à minore viginti annis ex voluntate patris & apud patrem facta sit? Hoc vnum quòd patris præsentia & autoritas nõ patiatur vt videri manumissio debeat facta esse sine causa. Ne alioqui tutoris pręsentię & autoritati plus quàm paternæ tribuatur, quod tamen nõ nisi absurdè dicere quis possit, cùm pater plus quàm tutor sit, siue adfectus siue ius potestatis consideretur, siquidem neque adfectus vllus vincit aut æquat paternum, si exipias maternum, neque tutoris potestas in pupillum, quicquã aliud quàm patrię potestatis participatio, eáq; minima est, vt dicemus ad *tit. De tut.* Ex quo illud etiam fit, vt filio habenti patrem in cuius potestate sit, dari tutor numquam possit, vt scripsimus in *Decadib. De error. pragmatic.*

l. 2. D. de SC. Maced.

ILLATIO XI.

De Consule minore viginti annis seruum suum apud se manumittente.

VNdecimò ex eodem Principio fit, vt si eueniat Consulẽ apud quẽ huiusmodi manumissiones fieri solent, minorem esse annis viginti, non possit ipse apud se manumittere, quia ipse est qui ex senatuscõsulto cõsilij causam adprobare debet *l. vnic. §. vlt. de offic. consul.* nõ potest autẽ ille idẽ & manumissionis causam adferre & examinare. Ne alioqui in causa sua ius dicere videatur, cõtra *l. qui iurisdictioni* 10. D. *de iuris. & to. ti. C. ne quis in causa sua iudic. vel ius dic.* Planè si causam manumissionis apud collegã suũ probauerit, nihil prohibebit quominùs etiam apud se manumittere possit *d. §. vlt.* vbi rectè Bart. monet ponẽdam esse virgulã post dictionẽ *probata*, atque ita accipiendũ quod idẽ Vlp. scribit in *l. si rogatus* 20. *§. vlt. De manu. vind.* Licèt apud collegam ipsum manumittere non possit *l. apud filiũfamilias* 18. *§.* 1. *eo.* idcirco fortasse quia collegę neque maior, neque alia est quàm Consulis manumittentis autoritas, iudicium verò in causa manumissionis probanda aliud esse potest, vtpote quod integrũ sit, nedũ minus suspectum. Nec est cõtrariũ, quod placuit, apud se manumittere posse illum quoque, qui cõsilium præbeat *l. an apud se* 5. *eo. ti.* Aliud enim est manumittere apud cõsilium, quod fiebat quoties vindicta manumissio pro tribunali peragebatur, vt ostendit *l. vlt. & tit. C. de vind. & apud concil. manu.* iunct. *l. non est* 7. *eo.* Vnde & cõsilium prębere dicitur, nõ qui interrogat manumissurum an velit manumittere, quasi recõcilians mutuas volũtates vt ridiculè tradit hic Bart. post glos. sed qui iuridicundo pro tribunali pręest. Denique apud cõsilium vt puto nihil aliud est quàm apud consulem vel prætorem aliúmve magistratũ sedentẽ in loco maiorũ qui cõsilij, & iuris dicũdi locus est. Aliud

l. vnic. §. vl. de offic. Consul.
l. qui iurisdictioni 10. D. de iurisdict.
Tit. C. Ne quis in sua caus. iudic. vel ius dic.
L. si rogatus 20. § vl. De manu. vindict.
L. apud filiũ familias 18. §. 1. eod.
l. an apud se eod. tit.
L. ul. & tit. C. de vind. & apud consi. manu.

Aliud probata & examinata manumissionis causa, cuius scilicet neque allegatio, neque probatio necessaria erat extra illum casum quo fieret manumissio à minore viginti annis.

ILLATIO XII.

De manumissione ancillæ communis à duobus dominis causa matrimonij.

DVodecimò ex eodem principio fit vt si duo domini ancillam communẽ matrimonij causa manumittere velint, recipi causa nõ debeat *l. etiã 15. §. si duo eo.* nõ quòd matrimonij iusta causa nõ sit, siquidẽ vna est ex iis quæ iustiores existimãtur, exacto priùs iureiurãdo, vt intra sex mẽses vxorẽ eã duci oporteat *l. si collactaneus 13. in fin. l. si minor 19. eod. cum l. seq. §. matrimonij*, sed quia nõ potest ea causa in vtriusque domini persona esse vera, quin alter alterũ impediat, quãdo fieri nequeat vt eodẽ tẽpore vtriq. domino ancilla nubat. Nec tamẽ impeditur manumissio, ne per consequẽtias impediatur matrimoniũ si inuicẽ cõsentiant vt eorũ alteruter eã ancillã vxorẽ ducat, sufficiétque ab illo solo allegari & probari causam, licèt alter socius qui similiter manumittit nullã habeat probétve causam manumittendi, quia satis est vt manumissioni quam socius ex iusta causa & suo iure facit, ipse cõsentiat, vt suprà diximus *ill. 2. ex l. seruus communis 6. eod. tit.* Sic dicimus castratum matrimonij causa manumittere non posse, spadonem posse, quia hic nuptias contrahere potest ille non potest *l. alumnes 14. §. vlt. eod. l. si serua 39. §. vlt. D. de iur. dot.*

L. etiam 15. §. si duo D. eod.

L. si collactaneus 13. in fi. l. si minor 19. cum l. seq. §. matrimonij eod.

l. seruus communis 6. eod. tit.

L. alumnes 14. §. vlt. eo. l. si serua 39. §. vlt D. de iur. dot.

ILLATIO XIII.

De prægnante manumissa matrimonij causa.

DEcimotertiò ex eodem Principio fit vt si minor viginti annis apud concilium matrimonij causa prægnantẽ manumiserit, eáque interim pepererit, id est post manumissionem quidẽ, sed ante matrimoniũ, in pẽdenti sit seruúsne an liber futurus sit quẽ ea peperit *d. l. si minor 19. eo. tit. De manum. vind.* quoniã vt valeat huiusmodi manumissio nec libertas per legẽ Æliã Sentiã impediatur, non solùm iustã manumissionis causam allegari probaríque necesse est, sed illud etiã requiritur vt sequatur causa vel potiùs causæ effectus, quoties ad futurũ tẽpus causa relata est. Ideóq; iusiurandũ vt proximè diximus ex gi solebat, de hac ancilla quæ matrimonij causa manumissa fuisset, intra sex menses vxore ducenda *d. l. si collactaneus in fin. eo.* Et in eo melior erat condicio seruorum qui ex causa ad præteritũ tempus relata manumittebantur, quàm eorum qui ex causa ad futurũ tẽpus respiciẽte. Illis enim libertas statim competebat, nec ratio vlla suberat quę facere deberet vt maneret in suspenso. His verò non priùs cõpetere poterat quàm causa impleta & secuta esset, quãuis in cæteris causis dominij trãslatio quoties aliquã ob causam res alienatur & traditur, minimè suspẽdatur in tempus vsque secuti implemẽti *l. 1. 2. 3. & tot. tit. C. de cond. ob caus. dator.* In cęteris enim consulitur indemnitati eius qui dederat ob causam quę secuta non fuit, scilicèt remedio condictionis *d. tot. tit. C. de condict. ob caus. dat. & D. de condict. caus. dat. caus. non secut.* At in libertatibus inauditum est locum esse condictioni, quoniam vt in superioribus à nobis sæpius dictum est libertas semel competens nunquam reuocatur. Ex eóque rursum intelligimus quàm verum sit quod alio loco monuimus, manumissionem ex qua libertas competere possit, non tantùm

L. si minor 19. de manum. vind.

L. si collactaneus in fin. eod.

Manumissio ex qua libertas competit non tãtùm facti, sed etiam iuris est.

facti esse, sed etiã iuris, hoc est non aliter effectum illum habere posse, vt conferat libertatem, quàm si iuris auxilio & potestate adiuuetur, Multò minùs igitur effectum habere poterit, quãdiu in eo res erit vt lex siue Ælia Sẽtia, siue alia quælibet aut prohibeat manumissionem, aut prohibere possit, quod euenit quandiu lex quæ libertatem impedit, locum habere potest. Legis enim potestatem saluam & integram manere conuenit, quod non esset, si manumissio interim effectum suum haberet. Neque enim lex competentem iam libertatem adimere ac reuocare posset, quæ in id duntaxat lata fuit vt impediat dandam & competituram.

ILLATIO XIIII.

De manumißione facta per minorem 20. annis procuratoris habendi gratia.

DEcimo quartò ex eodem Principio fit, vt quãuis procurator ad negotia constitui possit ętatis cuiuscunque etiã pupillaris, quoniã imputare sibi debet qui talem elegit *l. cùm mandatu 23. D. de minor. l. 1. §. quòd si impuberem* D. *de acq. poss. l. quamuis 40. §. vlt. & ll. seqq.* D. *ad SC. Treb.* non aliter tamen permittatur minori viginti annis seruum manumittere procuratoris habendi gratia quàm si decimumseptimum ętatis annum seruus impleuerit, & decimumoctauum attigerit. *d. l. si collactaneus.* Nẽpe quia hoc ipsum vt ea sit iusta causa manumissionis, non nisi propter minoris vtilitatem constitutũ est, cuius certè interest vt & cęterorum omnium habere procuratorem per quẽ negotia sua expedire possit, liberum autem potius quàm seruum, quia cũ homine libero faciliùs quisque contrahit quàm cum seruo, licèt seruũ quoque procuratorẽ ad negotia constitui vulgo credatur ex *l. seruum quoque 33. D. de procurat.* qui tamen locus non est de seruo procuratore constituto, sed de seruo procuratorem constituente in rebus ad causam peculiarem pertinẽtibus, quod longè diuersum est. At vix fieri potest vt ex minoris vtilitate sit eũ habere procuratorem qui decimumseptimum ętatis annum non impleuerit, cùm ante eam ętatem tam infirmum sit adolescentis consilium & iudicium, vt omnino impar sit rebus bene gerendis. Cuius rationis ignoratione plerique errarunt, existimantes non posse quemquam procuratorem constitui, ne ad negotia quidem, qui minor sit decem & septem annis, quod falsum sanè est vt diximus. Procuratoris ad iudicia constituti alia ratio est. Hunc enim maiorem vigintiquinque annis esse oportet, vt iudicium adeò validum sit ne subiaceat periculo restitutionis *l. minor 51. D. de procura. l. exigendi 12. C. eod. cap. qui generaliter §. fin. De procur. in 6.* Sed & non malè meo iudicio quis dixerit, minori viginti annis ita demum esse permittendum vt procuratoris habendi causa seruum maiorem decimoseptimo anno possit manumittere, si dominus ipsę maior sit pupillo, Non etiam si pupillus sit, Exemplo eius, quod Caius scribit in *l. vlt. eod. tit. De manum. vind.* Si tutoris habendi gratia pupillus manumittat probationis causam iustam non esse, Quòd absurdum sit, inquit, in eligẽdo tutore firmum videri iudicium pupilli, cuius in omnibus rebus vt infirmum iudicium tutore autore regitur. Neque enim minùs firmum iudicium requiritur in eligendo procuratore, quàm in eligendo tutore, prorsúsque inauditum est vt pupillus sine tutoris autoritate constituat

d. l. si collactaneus.

l. seruum quoque 33. de procurat.

l. minor 51. D. de procurat. l. exigendi 12. C. eod.

l. vlt. D. de manum. vind.

ſtituat procuratorem: Qua porrò accedente nullus dubitationi locus relinquitur quin manumittere pupillus poſſit quem ex ſeruis ſuis velit, etiam ſine cauſa, *vt diximus illat.9.*

De probanda cauſa manumiſsionis etiam per procuratorem.

OBſeruandum tamen eſt, quamuis minor viginti annis manumittere non poſſit, niſi cauſa manumiſſionis probata, aliam nihilominùs eſſe manumiſſionis, aliam probandæ cauſæ rationem. Nam abſens quoque cauſam probare per procuratorem poteſt *l.etiam* 15.*§.abſens de man.vindict.* At per procuratorem manumittere nemo poteſt, at ne quidem vxor per maritum *l.nec mulierem* 3.*C.eod.* Niſi ponas ſeruum dotalem qui hoc ipſo quod dotalis eſt, cùm ſit mariti, poteſt ab eo manumitti tanquam à domino licèt non niſi accedente vxoris voluntate *l.ſi verò* 46.*D.ſolut.matrim.* Ratio differentiæ eſt, quia iuris regula eſt neminem poſſe lege agere nomine alieno *l.poſt mortem* 25.*§.*1.*D.de adopt.l.nemo alieno* 165.*de reg.iur.* vt Cuiac.tractat.*lib.*7.*obſer.cap.*17. Manumiſſio autem legis actio eſt, non etiam manumittendi cauſa probatio. Legis enim actiones eæ dicuntur non quæ ciuiles, & ſollennes ſunt, vt nimis generaliter vult Hotomanus, nec quæ à iuris quacunque parte deſcendunt vt Dinus putabat, aut vt Zaſius loquitur, quæ per legem inuentæ ſunt, Nec quę mero iure radicantur, vt alibi loquitur idem Zaſius, nec quæ iure finiuntur, aut quæ ſunt ex vſu ſollenni iuris, quomodo idem Cuiacius ſcribit *lib.*15.*obſer.cap.*36.*in fin.* ſed quæ legis modo, & vt ita dicam imperatiuè fiunt, id eſt quæ pendent ex ſolius facientis voluntate & poteſtate, dummodò ei lex non reſiſtat, aut quæ ſaltem inter volentes expediuntur, vt videre eſt in manumiſſione, aliiſque exemplis à Papiniano poſitis in *l.actus legitimi* 77.*De regul.iur.* Etſi enim lex illa eſt de actibus legitimis, tamen non puto inter actus legitimos & legis actiones quicquam intereſſe, in eóque cum Cuiacio aduerſus Hotomanum libenter ſentio. Porrò lex nihil agit per procuratorē ſed ipſa per ſe iubet, imperat, vetat, punit, in quibus omnibus tota legis virtus conſiſtit *l.legis virtus* 6. *D.de legib.* cùm ſit illa, vt ſæpius diximus, & hominum & rerum omnium domina & regina *l.*1.*&* 2.*eod.* Sic legatum appellatum eſt id omne, quod legis modo imperatiuè relinquitur, vt ſupra monuimus non ſemel ex *Vlp. in fragment.* In manumiſſione ſola manumittentis voluntas inſpicitur, nec ea res iure contentioſo expeditur. In probanda cauſa manumiſſionis aliud eſt, quoniam habet implicitam & facti & iuris quæſtionem. Denique non tam legis & iuris quàm iuriſdictionis ea actio eſt, vt *Pap. loquitur in l. inter tutores* 36. *de admin. tut.* & apud Scæuolam Claudius *in l.filiæ* 88.*de ſolut.*

L.etiam 15. *§.abſens eo. tit.*

L.nec mulierē 13.*C.eod.*

L.ſi verò 46. *D.ſolut. matr.*

Legis actiones quanam ſint, & cur ſic dicta.

Legatū quid ſit & vnde dictum.

Aliud eſt Iuris quid eſſe, Aliud eſſe iuriſdictionis.

ILLATIO XV.

De prohibita ſerui qui ſolus ſit per minorem 20.*annis manumiſſione.*

DEcimoquintò & vltimò ex eodem principio fit vt minori annis viginti qui vnum duntaxat ſeruum habeat non ſit permittendum vt eum manumittat, quantumuis alioqui iuſta manumittendi cauſa ſubeſſe proponatur. *d.l. ſi collactaneus* 13.*verſ.præterea,* & illud exigitur vt non vtique ſeruum vnum habeat qui manumittit *D.de manum.vindict.* vbi verba illa *non vtiq. vnum* hunc proculdubio ſenſum habent *non tantùm vnum.* Non enim tam iuſta poteſt eſſe cauſa manumittendi ſerui, qui vnus & ſolus eſt in patrimonio minoris,

L.ſi collactaneus verſ. præterea.

quin multò iustior sit eiusdem in seruitute retinendi , vt minoris non modò vtilitati, sed etiam quod præcipuum est famæ, & existimationi consulatur , ad hoc vt ex eadem lege Aelia Sentia possit habere necessarium heredem , si fortè non soluendo eum decedere continget, quod non improbabiliter de illo suspicari quis possit , qui manumissionis tempore adeo inops est , vt non nisi vnum seruum habeat in patrimonio. Quamquam nec aliud admittendum arbitror , etiamsi talis minor sit qui aliunde locupletissimus probetur , cùm plerumque hominum vel prudentissimorum misera condicio illa sit , multò magis verò minorum qui ad res suas bene gerendas regendásque minus consilij habent , vt qui aliquando locupletissimus fuit, tandem pauperrimus & non soluendo moriatur *l si ab arbitro* 10. *§.* 1. *D. qui satisd. cogam. l.* 1. *§. si magistratus & l. quod ad heredem* 6. *D. de magistr. conuen.* Pertinet enim hoc non tantùm ad domini vtilitatem , sed etiam ad fauorem reipublicæ qui libertatis fauore cæterisque rebus omnibus semper potior est , vt ciuis romanus non decedat sine herede , sub cuius nomine per creditores hereditarios possideri bona vendique possint, vt pluribus scripsimus ad Princip. 3. & 4. *supr. eod.*

Fauor reipublicæ potior est fauore libertatis.

PRINCIPIVM VIII.

De prohibita per legem Aeliam Sentiam minori 20. annis etiam testamentaria manumissione.

§. cùm ergo hoc tit.

LEx Aelia Sentia quæ à minore viginti annis seruum manumitti prohibebat non minùs ad testamentarias manumissiones quàm ad eas quæ inter viuos fierent pertinebat , vt Iustinian. scribit *in §. cùm ergo hoc titul.* vbi innuit hoc ius ex eo profectum fuisse quòd lex Aelia Sentia generaliter locuta fuerat de minoribus viginti annis , iisque certum manumittendi modum constituerat , quem prætergredi nullomodo possent , Non adhibita ea distinctione , An inter viuos, an in testamento facta manumissio proponeretur. Vt proinde neque induci , neque admitti deberet ea distinctio quam lex non fecisset *vulg. l. de precio* 8. D. *de public. in rem act. leg. in fraudem* 15. *§. vltim. D. de testament. milit.* Ex quo tamen illud eueniebat incommodi & absurdi , vt qui moriebatur post annum decimumquartum ante vicesimum , quamuis testamentum facere posset: atque ita de rebus suis omnibus pro arbitrio disponere seruus tamen suis libertatem dare nullomodo posset , etiamsi maximè vellet, Neque libertatis fauor quantumlibet maximus contrariam sententiam

Nullus est fauor liber-

poterat

poterat extorquere, propter autoritatem legis, quæ quanquam durissima, tamen vti scripta, ita seruanda erat *leg. prospexit* 12. *D. qui & à quibus manumit.* Et sanè cùm non alia fuerit ratio legis Aeliæ Sentiæ in libertatibus impediendis quas minor viginti annis dare vellet, quàm quod res tanti momenti summo consilio & iudicio indigere videretur, nihil autem omnino sit in quo maior iudicij vis elucere debeat quàm in condendo testamento, per quod scilicet disponit homo de suis fortunis omnibus in id tempus quo liberum amplius non erit reformandæ in melius voluntatis arbitrium *leg.* 1. *Codice de sacrosanct. eccles.* quis non miretur prohibitas minori annis viginti manumissiones testamentarias, cui totam seruorum suorum familiam, non solùm cui velit heredi relinquere, sed etiam legando, vel fideicommittendo ex hereditate sua delibare si mallet permitteretur? An non ita fit vt fauorabiliùs agatur cum legato quàm cum libertate? contra *leg. si ita scriptum* 6. *D. de manumittend. testamen.* Primus Iustinianus fuit qui primus huic malo mederi ausus est, sed adhibito temperamento potiùs quàm plena iuris veteris abrogatione. Is enim mediam, vt ait & gloriatur viam eligens constituit, vt minoribus quidem liceat testamento suo dare libertatem, sed ita demum si decimum septimum ætatis annum impleuerit, & decimum octauum attigerit. Motus non illa solùm ratione quòd ferendum non esset vt cui totorum suorum bonorum in testamento dispositio data erat, ei non similiter de seruis suis saltem in vltima voluntate, quemadmodum, vellet disponere non permitteretur, Sed hac etiam, quòd antiquitas huiusmodi ætati & pro aliis postulare concesserit *leg.* 1. *§. initium* D. *de postuland.* Cur non enim, inquit ille, etiam iudicii sui stabilitas huius ætatis minores ita adiuuare credatur, vt ad libertatem seruis suis dandam possint peruenire? Sed tamen post hanc quoque Iustiniani constitutionem illud absurdi remanet quod ante decimum septimum annum completum neminem ex seruis suis, ne quidem testamento manumittere potest is qui tamen ab anno decimoquarto impleto de cæteris bonis suis omnibus liberè ac pro arbitrio testari potest. Nisi quis absurdum id esse neget propter eam ipsam rationem qua lex Aelia Sentia nitebatur, quòd cùm libertas inæstimabilis res sit, non tam facilè permittendum fuerit, vt eam donare minor posset: Nec solùm si de directa libertate ageretur, sed etiam si de fideicommissaria *leg. minor annis* 5. *Codice de fideicommiss. libertatib.* vbi tamen exceptio subiicitur, *nisi his quorum causam probare potest,* Quæ iudicio meo sic intelligi debet vt his solis fideicommissariam libertatem minor dare possit, non quibus eam ex fideicommisso debeat [neque enim ad eas libertates quas minor ex alieno fideicommisso deberet lex Aelia Sentia pertinere potuit, nisi hactenus, vt eas deberi probandum esset *leg. causam* 20. *D. de manumiss. leg. si rogatus* 20. D. *de manumiss. vindict.* quam probationem etiam defuncto minore fieri nihil vetat, vt libertas quæ aliunde fuit debita conseruetur, &.

tatis contra autoritatē legis.

Melior est causa libertatis quàm legati.

L. si ita scriptum 16. D. de manum. testam.

Ratio legis Aelia Sentia.

L. minor annis 5. C. de fideic. libert.

L. causam 20. D. de manumiss. l. si rogatus 20. D. de manu. vind.

aliud eſt libertatem ex fideicommiſſo debitam dare, quod etiam directò fieri poteſt, aliud verò libertatem per fideicommiſſum relinquere, vt loquitur *d.l. minor*]ſed quos directo ipſe & inter viuos manumittere cauſa probata poſſet, Ne alioquin eueniat, quod fuerit multò abſurdius, vt nec eos teſtamento manumittere minor poſſit, quos per legem Aeliam Sentiam inter viuos manumittere liceret. Ex qua tamen ratione ſi recta eſt, poſſit quis non abs re mirari, quidni directam quoque libertatem teſtamento dare minori liceat, eo ſaltē caſu quo inter viuos dare poſſet, id eſt ſubſiſtente iuſta cauſa manumiſſionis. Sed dicendum eſt elegantem id habere rationem. Hanc nimirum, quòd directæ libertates valent duntaxat eatenus quatenus legis duodecim tabularum poteſtate confirmantur, ex qua parte eadem lex confirmat ſupremam defuncti ciuis romani voluntatem, vt ſæpius monuimus ex *Vlp. in Fragment. tit. 1. De libert. l. teſtamento* 23. D. *de manum. teſtam. l. verbis legis* 120. *De verb. ſignific.* Lex autem confirmat eas libertates non quidem *ex* die mortis vt teſtamentum, ſed ex quo agnita eſt hereditas manumiſſoris *d.l. teſtamento l. vnic. §. libertatib. C. de caduc. tollend.* Itaque ex eo inſtanti dicitur competere libertas quæ tamen vbi ſemel competiit retractari & reuocari nunquam poteſt, nec ſi eius concedendæ iuſta cauſa ex poſtfacto nulla vel allegetur vel probetur. Proinde ne id eueniat vt contra legem Aeliam Sentiam libertas aliquando reperiatur data ab eo qui dandæ ipſius cauſam iuſtam nullam habuit, neceſſe eſt priùs probari cauſam iuſtam manumittendi, quàm illud admitti vt directa libertas competere poſſit ex teſtamento: Et conſequenter dationem ipſam libertatis directæ per legem Aeliam Sentiam impediri, ne per legem duodecim tabularum confirmari quandoque poſſit. Quod tamen de fideicommiſſariis libertatibus non ſimiliter tractari poteſt: quæ ſcilicet cùm non confirmentur per legem duodecim tabularum, ſed pendeant ex facto heredis, facilè ſuſpēdi & differri poſſunt in id vſque tempus quo manumiſſionis cauſa probata ſit licèt poſt mortem minoris, vt ea cauſa probata poſſit fideicommiſſaria libertas præſtari, quam directo dare teſtator potuiſſet, ſi legis aut duodecim tabularum aut Aeliç Sentiæ poteſtatem vel tantiſper in ſuſpenſo manere poſſibile eſſet. Igitur verba illa *niſi his quorum cauſam probare poteſt* hunc omnino ſenſum habent, vt eos ſolos teſtamento per fideicommiſſum manumittere poſſit, quos directò inter viuos manumittere poſſet, vt intelligamus vtroque caſu iuſtam manumiſſionis cauſam probandam eſſe, vtroque quidem caſu à minore ipſo ſiue inter viuos, ſiue in vltima voluntate allegandam, ſed tamen priore caſu probandam à viuo minore, poſteriore verò à minoris herede & à ſeruo ipſo, vt non contra legem Aeliam Sentiam libertas fideicommiſſaria data videatur.

Cur non poſſit minor directam libertatem teſtamento dare quam inter viuos dare poſſet.

L. teſtamento 23. D. de manum. teſtam.

Fideicommiſſaria libertas ſuſpendi poteſt non directa.

PRINCIPIVM IX.

De ſequenda ſententia media.

MEdia ſententia ſequenda eſt, quoties in neutram partem extremorum propendêre poſſumus, quin aliquod abſurdum incurramus. Sic enim Iuſtinianus à ſe factum teſtatur in abroganda lege Aelia Sentia ex ea parte qua prohibebat ne minor annis viginti libertatem directam teſtamento dare poſſet,

posset, at ne quidem fideicommissariam nisi cuius causa probari posset, vt proximo Principio diximus & explicauimus. Nam cùm absurdum videretur non esse liberam manumittendi potestatem ei cuius in cæteris rebus omnibus liberum est quoquomodo velit disponendi arbitrium, nec tamen minus absurdū esset vt libertas res inæstimabilis tam facilè ac sine causa dari posset ab eo qui non satis firmo per ætatem iudicio præditus esse crederetur, mediam viam elegit Iustinianus, vt in dandis à minore testamentariis libertatibus, neque id tempus spectetur quo testamentum facere potest, neque vicesimus annus expectetur, sed decimumseptimum impletum esse sufficiat, qui medius est inter decimumquartum & vicesimum Huiúsque Principij ratio etiam ex moralis philosophiæ præceptis peti potest. Solent enim extrema virtutum omnium viciosa esse, virtutes autem omnes in medio, & vt loquuntur, in mediocritate consistere. Etsi autem in quæstionibus iuris non perinde semper euenit, vt viciosa sit ea sententia quæ media non est, cùm tamen id euenit & eo demum casu non alio vllo, dicimus mediam sententiam esse sequendam. Id enim ferè est quod habet regula iuris, Quoties nihil sine captione inuestigari potest eligendū esse id quod minimū habeat iniquitatis *l. quoties nihil* 200. *De reg. iur.* Vnde & inter Iureconsultos illos veteres quos diuersæ sectæ fuisse legimus, quosdam scilicet Proculianos, alios Sabinianos in plerisque iuris partibus inuicem dissidentes, fuerunt etiam qui vt aliis prudentiores & æquiores viderentur in controuersiis illis dirimendis medias sententias inducerent, ob eámque causam Ercíscundi appellarentur, vt in specie *l. adeò* 7. *§. cùm quis ex aliena D. de acquir. rer. domin. l. vlt. D. de iur. fisc.* Fuit autem hoc Iustiniano potissimùm id est Triboniano familiare, vt mediam sententiam sequeretur, tùm etiam cùm ratio iuris parum id suaderet, vt in casu *l. filio* 7. *D. vt legat. nomin. caueat,* cuius verba illa vltima *sed melius est per mediocritatem causam dirimere vt cautioni tantùm cum hypotheca rerum suarum committantur.* Triboniani esse non Pauli docuimus & probauimus in libris Coniectur. Eodem referri potest Iustiniani constitutio quæ extat in *l. si quis argentum* 35. *§.* 1. *&* 2. *C. de donat.*

L. quoties nihil 200. *De regul. iur.*

Iureconsulti Ercíscūdi. L. adeò 7. *§. cùm quis ex aliena De acq. rer. domin. l. vlt. De iur. fisc. L. filio* 7. *vt leg. nom. caueat. L. si quis argentum* 35. *§.* 1. *&* 2. *C. de donat.*

ILLATIO I.

De mediocri seruo dando ei cui seruus in genere legatus est.

AD hoc Principium referri posse videtur licèt minùs propriè quod scriptum est in *l. legato* 37. *De legat.* 1. legato generaliter relicto veluti hominis id esse obseruandum ne optimus petatur, vel pessimus offeratur, quoniam ad hoc tenetur heres vt non pessimum det *l. si heres* 110. *eod.* nisi cùm duo tantùm sunt eiusdem speciei, quo casu quia mediū nihil est quod sequi possimus, cogimur fauore heredis dicere liberari eum si offerat hominem vel fundum qui ex duobus minoris sit æstimationis *l. cùm seruus* 39. *alias l. apud Iulianum §. scio eod. tit.*

L. legato 37. *de legat.* 1. *L. si heres* 110. *eod.*

L. cùm seruus 39. *aliàs l. apud Iulianum §. scio eod.*

ILLATIO II.

De temperamentis ad opiniones alioquin pugnantes conciliandas adhibendis.

ITem ad hoc Principium referri possunt omnes eæ Iurisconsultorum vel interpretum sententiæ, quæ pugnantes aliorū opiniones distinctionis alicuius

æquitate ac temperamento conciliant, quæ sicut mediæ sunt; ita vt plurimum quamquam non semper æquiores & probabiliores existimantur. Nam cũ omnis definitio, id est propositio, conclusio & regula iuris periculosa sit, quia vix fieri queat vt non aliquo saltẽ casu subuertatur, quemadmodũ ex Iauoleno scriptũ est in *l omnis definitio 202. De regul. iur.* consequens est, vt boni Iureconsulti prudẽtia & iudicium in eo maximè debeat elucere, vt pro casuum varietate propriisque circũstantijs aliter atque aliter distinguat, nec semper ea sequatur quæ vulgaribus iuris regulis conuenientiora videantur, in quo sicuti præcipuo quodã iure mirus fuit Papinianus, ita in casibus illis inuestigandis & decidẽdis qui vulgares regulas ratione aliqua recondita admittere non possent præcipuã operã suam & industriã collocãdã existimauit, vt nos iã monuimus alio loco.

L. omnis definitio 202. de reg. iur.

CONFVT. I.

De iudicio rusticorum.

ABututur verò perniciosissimè hoc Principio plerique siue iudices, siue arbitri qui mera iuris ignoratione dubij & pẽdẽtes animi an pro actore habeãt pronũciandum an pro reo, diuidunt petitionẽ, & ei qui vel nullo prorsus vel certo & optimo iure centũ petat, adiudicant quinquaginta. Id enim rusticorum verè iudicium est vt Accurs. noster loquitur, non virorum prudentum. Et vulgaris illa multorúmque sermonibus trita vox *nec tibi nec mihi sed diuidatur* vix aliorũ vnquã est quã eorũ qui se nihil omnino iuris habere intelligant.

Vulgare verbum, nec tibi nec mihi, sed diuidatur.

TIT. VI.

De leg. Fusia Canin. tollend.

PRINCIPIVM I.

De prohibendis per legem strictiùs ijs quæ contra legis voluntatem possent fieri faciliùs.

QVo faciliùs quid fieri potest quod lex fieri nolit sine causa iusta, eo districtius lex id prohibet ne fiat. Cùm enim vnus ille sit ex legis effectibus vt prohibeat ne fiat id, quod si factum esset rescindi legis vel magistratus beneficio deberet, non possit legislator prudentius facere quàm si id priùs strictiùsque prohibeat, quod si prohibitum non esset, faciliùs factum iri videretur. Est autem multò melius & cautius intacta hominum iura seruari, quàm post vulneratam causam remedia quæri *l. 2. l. vlt. C. in quib. caus. restit. in integr. necess. non est* iunct. *l. non dubium 5. C. de legib. l. legis virtus 6. eod.*

L. 2. l. vlt. C. in quib. caus. rest. in integ. necess non est.

ILLATIO I.

De lege Fusia Caninia.

EX hoc Principio illud fiebat, quòd lex Fusia Caninia induxerat vt testatoribus omnibus etiam qui maiores essent annis viginti adeóque vigintiquinque, non liceret quot vellent ex seruis suis testamento manumittere, sed ad certum vsque modum, in eam rem ea ipsa lege constitutum, vt in hoc tit. refert Iustinianus post Vlpianum & Caium in Institut. Cùm tamen inter

inter viuos liceret cuilibet patrifamilias totam familiam suam libertate donare, dum ne lex Aelia Sentia esset impedimento, id est dum ne manumissor viginti annis minor esse proponeretur. Nimirùm quia longè facilius erat id euenire vt paterfamilias testamento familiam suam totam manumitteret etiam sine causa quàm vt inter viuos, siue quòd vel auarissimus quisque tunc saltem cùm moritur procliuior sit ad liberalitatem exercendam cuius effectus in tempus secutæ mortis conferatur, tanquam qui desinat vereri futurum vt eo tempore laborare possit egestate, quique præterea de alienis magis quã de propriis bonis disponere sibi videatur, siue quia quod dici solet, plerumque homines etiam sagaciores de facultatibus suis amplius sperare quàm in iis reuera sit *l. in fraudem* 10. D. *qui & à quib. manumiss.* etsi ad eos quoque non raro pertinet qui de rebus suis inter viuos disponunt, multò tamen veriùs & sæpius iis conuenit qui testãtur, præsertim si quod plerumque fit, testentur in ipso ferè si non articulo, certè procinctu mortis, Quo tempore vix est vt vel ocij vel ingenij & iudicij tantum habeant quanto opus esset ad patrimonij vires bene exactéque explorandas. Itaque visum est coarctandas certo numero testamentarias manumissiones, non etiam illas, quæ fierent inter viuos, cùm multò difficiliùs sit vt tot seruos manumittere quis velit sine causa, quibus sciat egere se posse ad patrimonium augendum, tuendámque fortassis amplissimæ familiæ suæ dignitatem. Hoc tamen Iustinianus etiam correxit, fauore scilicet libertatis, legémque Fusiam Caniniam penitus sublatam voluit, inhumanum existimans, vt ipse loquitur, Viuos quidem licentiam habere totam suam familiam libertate donare, morientes verò idipsum facere prohiberi.

Ratio legis Fusiæ Caniniæ.

ILLATIO II.

De prohibita fundi dotalis oppigneratione etiam consentiente muliere.

SEcundò ex eodem Principio fit vt lex Iulia de fundo dotali prohibeat oppignerationem fundi dotalis etiam consentiente muliere, alienationem verò eadem consentiente permittat *§. 1. infr. quib. alien. lic. vel non l. vnic. §. & cùm lex Iulia C. de rei vxor. act.* Erat enim verendum ne faciliùs consentiret mulier oppignerationi quàm alienationi rerum dotalium, propterea quòd oppigneratio longè minoris præiudicij sit, ideóque fuit tantò strictiùs id prohibendum.

§. 1. Quib. alie. licet vel non L. vnic. §. & cum lex Iulia C. de rei uxor. act.

ILLATIO III.

De data patri potestate occidendæ filiæ adulteræ, non marito.

TErtiò ex eodem Principio fit vt lex Iulia de adulteriis patri dederit ius occidendi filiam domi suæ aut in domo generi deprehensam in adulterio, & cum filia adulterum quemlibet, marito autem non nisi adulterum, nec eum quemlibet, sed tantummodo eum qui fuerit eius condicionis quæ legis Iuliæ verbis notata est *l. patri* 20. *l. marito* 24. *D. ad leg. Iul. de adult. l.* 4. *C. eod.* Nempe quia plerumque pietas paterni nominis consilium pro liberis capit, At mariti facilè decernentis & sæuientis calor ac impetus fuit refrænandus, vt eleganter *Papin. ait in l. nec in ea* 22. *in fin. D. eod.*

L. patri 20. l. marito 24. ad leg. Iul. de adu t. l. 4. C. eod. L. nec in ea 22. in fin. D. eod.

TIT. VII.

De his qui sui vel alien. iur. sunt.

PRINCIPIVM I.

Personarum aliæ sui iuris sunt, aliæ alieni.



LIA de iure personarum diuisio illa est, quod quædam personæ sui iuris sunt, quædam alieni, vt Iustinianus *in hoc tit.* scribit post Caium *in l.1.D.eod.* sui iuris esse dicuntur, quæ in sua sunt potestate, Alieni eæ quæ in aliena. Itaque *ius* hîc pro potestate vsurpamus, quomodo & apud Iurecconsultos nostros, & apud probos quosque latinitatis autores, suo iure facere dicitur quisquis facit id quod facere potest *l.1.C.de pact.pignor.& alibi pass.* Sui iuris sunt personæ liberæ, sed eæ tamen non omnes, at patresfamilias duntaxat. Alieni iuris sunt omnes serui, & ex liberis quoque ij qui in parentum potestate sunt, quos filiosfam. appellamus. Est autem diuisio hæc perfecta quoniam constat ex duabus partibus nõ tam contrariis, quàm contradictoriis, acsi diceremus, Omnes personas aut sui iuris esse aut non sui. Quid enim aliud est dicere *alieni* quàm *non sui*? Quisquis autem sui iuris non est, is vt nõ sui iuris sit necesse est, & alieni. Sic in *l.nec manifestum* 8.D.*de furt.* Cùm igitur alieni iuris esse dicantur, qui in aliena sunt potestate, duplex verò tantùm sit potestas, Vna dominorũ quæ & dominica, patrũ alia quæ patria appellatur, cõsequens est vt non alij ad hãc diuisionis partẽ pertineant, quàm qui vel filijfamilias sunt vel serui, hoc est qui in potestate sunt, vel parentũ vel dominorũ. Est quidem alia quodãmodo tertia species potestatis, tutorũ scilicet in pupillos, cùm pupillus qui sine patre est, non magis filiusfamilias dici possit quàm seruus. Sed tamen potest hæc quoque species potestatis sub patrię contineri, cùm sit illa participatio quædam patriæ potestatis, vt dicemus *ad tit. De tutelis.*

L.1.D.hoc tit.

L.1.C.de pact.pignor. *Diuisio perfecta quæ cõstat ex membris contradictorijs.*

Potestas aut dominica aut patria sub qua & tutoria continetur.

PRINCIPIVM II.

De argumento ab enumeratione partium omnium perfectæ diuisionis.

CVm perfecta & absoluta diuisio est constans ex omnibus suis partibus, valet argumentum à partium enumeratione, vt quod ad vnam diuisionis partem non pertinet, vel ad alias omnimodo pertineat, vel ad genus illud de cuius diuisione agitur pertinere nullomodo possit. Nam cùm species quælibet sit sub suo genere, & genus quodlibet hoc proprium habeat vt suis omnibus speciebus insit communiter, & de iis prædicetur, vt logici loquuntur, fieri certè nequit, vt quod nulli ex speciebus conuenit, conueniat generi, aut vt quæ res in neutram speciem cadit sub specierum genere comprehendatur. Nimirum quoties perfecta & absoluta diuisio est, vt Principium nostrum habet, Alioqui esset captiosum argumentum, tanquã quod ex non sufficienti partiũ enumeratione deduceretur, solẽt nostri hoc Principiũ probare ex §.*actionũ infr.De action.* vbi enumerantur actiones omnes quæ sunt bonæ fidei, Ex quo infe-

Valet argumentum à partiũ enumeratione cùm diuisio perfecta est & absoluta.

§.actionum De action.

inferũt illi nec malè cęteras omnes quę ibi enumeratę nõ sunt, vel strictas esse vel arbitrarias. Sed meliùs & apertiùs idẽ probatur ex Caio in *l.1.D.hoc tit.* ex qua hic Iustiniani locus sumptus est. Videamus, inquit, de his personis quæ alieno iuri subiectæ sunt. Nã si cognouerimus quænã istæ personæ sint, simul intelligemus, quænam sui iuris sint, Omnes illæ scilicet, quę non sunt alieni, siquidem diuisio illa de iure personarum vt aliæ sint sui iuris, alię alieni perfecta est & absoluta, quemadmodum superiore Principio probauimus. *L.1.D. hoc tit.*

PRINCIPIVM III.

De potestate dominorum in seruos ex iure gentium.

SErui ex constitutione iuris gentium sunt in potestate dominorum, id est in eorum dominio *l.1.D.hoc tit.* Nam cùm de seruis agimus, potestatis appellatione dominium significamus *l.potestatis 215. De verb. signific.* Pendet autem hoc Principium ex eo quod diximus ad *tit. De iur.natu.gent.ex ciuil.* ex iure gentiũ introductas fuisse captiuitates & seruitutes postquàm ex eodẽ iure dominiorũ distinctio introducta fuit, & cõsequẽter bella *l.ex hoc iure 5 De iust.& iur.* Quid enim aliud est iure gentiũ introductas esse captiuitates & seruitutes, quàm inductum fuisse vt qui seruus alterius fieret, hoc ipso naturalem amitteret libertatem? Quomodo autem fieri posset vt naturalem illam libertatem quisquam amitteret, nisi qui in alterius dominium transiret? *L.1.D. hoc tit. L. potestatis 215. de verb. signific. L.ex hoc iure 5.D. de iust.& iur.*

ILLATIO I.

De potestate vitæ & necis in seruos.

EX hoc Principio illud primum fit, vt primis illis temporibus & ad ætatem vsque posteriorum Imperatorum libera fuerit apud omnes gentes dominorum in seruos vitæ necisque potestas *d.l.1.hoc tit.* Cùm enim suę quisque rei moderator sit & arbiter *vulg.l.in re mandata 21.C. mandat.* & seruus sit in domini potestate ac dominio, consequens est vt nõ minùs liceat domino seruum suum pro arbitrio quàm quadrupedem occidere. Nam & hac de causa serui quadrupedibus comparantur in *l.2.D.ad leg. Aquil.* Dices eãdem olim fuisse patrum quoque in filiosfamilias potestatem *l.in suis 11.in fin. De liber.& posthum l.vlt.C.de patr.potest.* & tamen noc fuisse filiosfamilias in dominio patrum *d.l.potestatis 215. De verb.signific.* Respondeo eandem fuisse hac parte dominorum & parentum in seruos & filiosfamilias potestatem, sed non eodem iure, neque ex eadem ratione. Nam quod ad dominos nihil fuit quod tantam iis in seruos potestatem dare potuerit, nisi quod seruos in dominio suo, perinde ac aliam rem quamlibet vilissimam haberent. Quod ad patres verò, fuit ius patriæ potestatis, cuius tanta vis & autoritas esse debere visa est, vt nec prohiberentur patres vitam adimere iis quibus dedissent, Vnde illud etiã erat, quod non poterant adimere libertatem *d.l.vlt.C.de patr.potest.* quippe quam non tã à patre filiusfamilias haberet quàm à natura. Emancipatis verò etsi nõ minùs quàm in potestate retentis vitam à patre datam fuisse verum erat, vitam tamen adimere patres non poterant, quia sublato per emancipationem iure patriæ potestatis, emancipati hac parte ne pro liberis quidem habebantur, sed potiùs pro extraneis, vt dicemus ad *tit.seq. De patr.potest.* *d.l.1.D.hoc tit. L.2.D. ad leg. Aquil. L. in suis 11. in fin. De liber. & post. l.vlt.C. de patr. potest. L.vlt.C. de patr. potest.*

ILLATIO II.

De acquisitione quæ fit dominis per seruos.

L. etiam inuitis 32. De acquir. rer. domin. l. seruus vetante 62. De ver. oblig.
L. hinc quæritur 19 §. 1. l. quoties 47. §. vl. De pecul.
l. peculium nascitur. 40. eod.
L. 3. §. sed vtrum l. patri 27. D. de minor.
§. item vobis Per quas person. nob. ac.

SEcundò ex eodem Principio fit vt quicquid seruus acquirit domino, acquirat non solùm ignoranti, sed etiam inuito *l. etiam inuitis* 32. *D. de acquir. rer. domin. l. seruus vetante* 62. *De verb. obligat.* Nam qui in alterius non solùm potestate, sed etiam dominio est, nihil suum & propriũ habere potest, vt Iustin. scribit in *§. item vobis* 3. *instr. per quas person. nob. ac.* Nec est cõtrariũ, quod seruus potest habere peculiũ, tãquã propriũ patrimoniũ *l. hinc quæritur* 19. *§.* 1. *l. quoties* 47. *§. vl. & pass.* D. *de pecu* Habet enim quia dominus vult, & quãdiu dominus vult, cùm ad domini nutũ adimi possit *l. peculium nascitur* 40. *eod.* & tunc etiam cùm habet, magis tamen domini peculium est quàm serui, vt de filiisfamilias peculio, quod maiorem dubitationem habere videbatur, scriptum est in *l. 3. §. sed vtrum vers. nec eo mouemur l. patri* 27. *D. de minor.* Nam non posset dominus facere, etiãsi maximè vellet, vt seruo manenti seruo, siue peculiũ, siue aliud quidpiam iure dominij acquireretur, propter implicitam contradictionem quæ subesset si quid suum habere posset, qui suus ipse non esset *d. §. item vobis*, vbi de hoc latiùs dicemus.

ILLATIO III.

De hereditate per seruum acquirenda domino, sed volenti tantum.

L. qui in aliena 6. l. si quis mihi 25. §. iussum de acquir. hered.

TErtiò ex eodem Principio fit, vt quoties id quod acquiritur tale est, quod aliqua ratione obliget acquirentem cuiusmodi est hereditas, non possit acquiri per seruum, nisi volenti domino & iubenti *l. qui in aliena* 6. *l. si quis mihi* 25. *§. iussum* D. *de acquir. hered.* quia cùm dominorum gratia ius illud inductum sit, vt in dominio habeãt seruos, sicut & patrum vt habeãt filiosfamilias in patria potestate, Non debet ea res fraudi esse domino patríve, quod talia men eueniret si ille per seruum, hic per filium, aut ignorãs, aut inuitus obligaretur. Est enim generale & perpetuum, vt melior nostra condicio fieri per alium possit, deterior nunquam possit *l. soluendo* 39. D. *de negot. gest. l. melior* 133. *de reg. iur.*

ILLATIO IV.

De noxali actione contra dominum ex delicto serui danda.

L. 1. De noxal. act. l. miles 6. §. decem D. de re iudic.

QVartò ex eodem Principio fit, vt si seruus deliquerit domino ignorante, nulla in dominum ex ea causa nisi noxalis actio detur, per quam dominus aut seruum ipsum noxæ dedere, aut si non dedat, litis æstimationem, id est quanti ea res est quæ in iudicium deducta fuit inferre compellatur *l. 1. & tot. tit. De noxal. act. l. miles* 6. *§. decem* D. *de re iudic.* Non quòd ipso iure, id est ex iuris communis ratione dominus in solidum non teneatur, quia cùm nulla possit actio dari contra seruum *l. cum seruo* 107. *De regul. iur.* alterutrum euenire omnino necesse est, vel vt impunitum sit delictum serui, vel vt dominus eo nomine conueniri possit, saltem vsque ad litis æstimationem præstandam, Sed quia facultatem noxæ dedendæ accipit dominus ex lege, vt ait Vlp. in *d. §. decem*, Idque optima æquitatis ratione, quoniam iniquum sanè erat nequitiam seruorum vltra ipsorum corpora dominis suis damnosam esse,

esse, vt Iustin. ratiocinatur in *§. summa autem 2. infr. De noxal. act.* post eundem Vlp. in *l. 2. in princip. D. eod.* *§. summa autem 2. De noxal. act.*

ILLATIO V.

De seruo excusando in delictis iubente domino admissis.

QVintò ex eodem Principio fit, vt plerisque ignoscatur seruo si deliquerit domino ignorante in iis scilicet quæ facinoris atrocitatem non habent *l. qui in puteum 11. §. an ignoscitur D. quod vi aut clam. l. seruus 20. D. de oblig. & act.* Quænam enim culpa eius est qui parêre habuit necesse *l. liberorum 11. §. vlt. cum l. seq. De his qui not. infam. l. is damnum dat 169. De reg. iur. l. liber homo 37. D. ad leg. Aquil.* quíque periturus fuit si non paruisset, vt ait *l. 2. §. 1. D. de noxal. act.* *L. is qui in puteum 11. § an ignoscitur D. quod vi aut clam l. seruus 20. De oblig. & act.*

CONFVT. I.

Seruos acquisitionis incapaces esse ex iure gentium.

COntra hoc Principium peccant qui scribunt, esse ex iure ciuili vt serui sint acquisitionis incapaces, & vt per eos dominis acquiratur. Non enim ex iure ciuili, sed ex iure gentium id proficiscitur, vt diximus & explicauimus, Cùm iure ciuili vsque adeò incogniti sint serui & pro nullis habiti *l. quod attinet 32. De reg. iur.* vt in iis etiam quæ pro seruis fauorabiliter constituta tandem fuerunt, maiorem dominorum quàm seruorum rationem à legislatore haberi fuerit necesse, vt ex iis quæ mox dicemus intelligetur. Alia ratio est eius quod dicimus, filiosfamilias esse in patrum potestate, nec minùs per filios patribus acquiri ex quacunque causa quàm dominis per seruos: Id enim cùm non alio iure fiat quàm patriæ potestatis, necessariò iuri ciuili acceptum ferendum est, ex quo & patria potestas descendit, vt dicemus ad *tit. seq.*

PRINCIPIVM IV.

De domino abutente rebus suis.

EXpedit interéstque reipublicæ ne quis re sua malè vtatur, vt Iustin. in hoc tit. scribit, vbi ad hoc Principium refert quod ab Imp. Antonino constitutum est, vt qui sine causa seruum suum occideret, non minùs puniri iubebatur, quàm si alienum occidisset, id est vt precium cogatur inferre non domino qui alius nullus est, sed fisco, propterea quòd reipublicæ iniuria facta sit (neque enim lege Cornelia de sicariis teneri potest qui seruū occidit siue propriū, siue alienū, quomodo si liberū occidisset) Vtque si intolerabilis videatur sæuitia dominorū, cogantur illi seruos vendere bonis condicionibus, & quidem ita vt seruus venditus in pristini domini sui potestatem numquam reuertatur. Cuius etiam constitutionis meminit Vlp. in *l. 2. D. hoc tit.* ex qua hic institutionum locus sumptus est, Vbi etiam addit Vlpianus Imperatorē Hadrianum Vmbriciam quandam matronam in quinquennium relegasse, quòd ex leuissimis causis ancillas suas pessimè ac atrocissimè tractasset. Itaque non est quod quis obiiciat nullam seruo iniuriam fieri posse, ne quidem alieno *§. seruis autem ipsis infr. De iniur.* proprio autem multò minus. Nam quod *l. 2. D. hoc tit.* *§ seruis autem ipsis De iniur.*

nimia dominorum in seruos atrocitas hodie punitur, vetere illo vitæ necísque arbitrio antiquato, non fit propter seruos & tanquam ad vindicandam iniuriam quæ ipsis inferatur, sed fauore reipublicæ cuius interest ne quis re sua malè vtatur. Non quia seruorum salus curæ sit aut esse debeat reipub. in qua scilicet ne quidem caput habere seruus intelligitur *l.3. in fin. & l.4. D. de capit. minut.* sed quia non magis permittendum sit ciui romano vt seruo suo quàm vt alia qualibet re vel vilissima abutatur. Item quoniam ad salutem quoque & vtilitatem dominorum id pertinet, vt paulò post dicemus. Huius verò Principij ratio illa est quod salus & vtilitas publica quæ bono legislatori cuilibet suprema lex semper est & esse debet, ex singulorum cōmodis & vtilitatibus constituatur. Inde namque fit vt periclitari eam, præcipitémque ruere omnino necesse esset si singulis re sua abuti permitteretur. Quod enim vnus faceret, cur alij quoque facere non possent? & quod vni aut alteri liceret, quidni omnibus quoque licere deberet? Ita omnibus tandem aut saltem permultis patrimonio suo abutentibus, respublica paullatim maximam in egestatem dilaberetur, & si non viris, saltem viribus, quæ & patrimonij cuiusque amplitudine æstimandæ sunt, destitueretur.

Seruus non habet caput in republica.

Salus populi suprema lex est.

ILLATIO I.

De Antonini constitutione contra dominorum sæuitiam lata.

EX hoc Principio illud primum fit quod Antonini constitutione inductū diximus ad nimiam illam nimísque sæuientem dominorū in seruos suos potestatem moderandam. Neque enim dubitandum est quin ea potestate domini passim abuterentur, vt naturaliter euenire solet in iis, quorum liberum arbitrium habet qui sibi nesciat imperare. Quid namque difficilius, quàm vt velit quantum possit is qui possit quantum velit? Eximia in eam rem magnitudine animi opus est. Nam vt Plinius in Panegyrico ad Traianum dicebat, Sicut summæ felicitatis est posse quantùm velis, ita magnitudinis velle quantùm possis.

ILLATIO II.

De pœnis constitutis aduersus abutentes rebus suis.

SEcundò ex eodem Principio fit, vt pleræque olim leges latæ fuerint pœnæque constitutæ aduersus eos qui rebus suis abuterentur, siue fundos suos minùs diligenter colerent, siue alias res suas incuriosiùs administrarent, vt Aulus Gellius testatur.

ILLATIO III.

Non esse malitiis indulgendum.

TErtiò ex eodem Principio fit quod generaliter scriptum est in *l. in fundo* 38. D. *de rei vindic.* malitiis non esse indulgendum, siue in suam, siue in alterius perniciem velit quis abuti, aut re sua, aut suo iure quod in aliena re habeat. Facit *l. si cui simplicius* 9. *D. de seruit.*

L. in fundo. 38. De rei vindic.
L. si cui simplicius 9. D. de seruit.

Hoc tamen paulò latiùs & simplicius est accipiendum. Alioqui puniendus esset, qui patrimonij sui reditus malè cōsumpsisset, aut qui ex patrimonio suo aliquid donasset cùm donare sit perdere *l. filiusfamilias* 7. *D. de donat.* quod tamen

Donare perdere est.

tamen non ita est *l. sed etsi lege 25. §. consuluit D. de petit. hered.* in illis verbis *dum re sua se abuti putat. l. donari 29. D. de donat.*

ILLATIO IV.

De interdicenda prodigo bonorum suorum administratione.

QVartò ex eodem Principio fit vt prodigis, id est qui neque modum, neque finem expensarum habent interdicatur bonorum suorum administratione per legem duodecim tabularum, & consequenter curatorem iis dari oporteat *l. 1. D. de curat. furios. l. is cui bonis 6. D. de verb. obligat.* sicut & minoribus vigintiquinque annis qui propter ætatis & consilij imbecillitatem rebus suis bene prudentérque administrandis sufficere non possunt *l. 1. D. de minor.* facit *l. is qui 12. §. fin. De tutor. dat.*

L. 1. D. de curat. furios. l. is cui bonis 6. De verb. oblig.

L. 1. D. de minor. l. his qui 12. §. fin. D. de tutor. & curat. dat. ab his.

ILLATIO V.

Neminem abuti debere potestate sibi concessa, siue ab homine, siue à lege.

QVintò ex eodē Princ. fit, vt ea potestate quā quis siue à iure, siue ab homine habet, abuti non debeat, quoniā qui potestate sibi in rebus alienis aut potius in res alienas data abutitur, is & aliena re & sua abutitur. Est enim cuiusque potestas proprium quid eius cuius potestas est. Hinc dicimus filiumfamilias cui peculij administratio quantumuis libera generaliter permissa est, donare tamen non posse, quia cùm donare sit perdere non potest fieri vt donet quin data sibi potestate abutatur. *d. l. filiusfamilias 7. D. de donat.* vbi hanc ipsam ob causam addit Vlp. aliud esse si iustā donandi causam habuerit, quia iam non abutitur, qui facit ex iusta causa. Idémque probandum si eius dignitatis sit filius, vt non debuerit vereri pater concedens ei liberam peculij administrationem ne quandoque malè donando ea potestate & administratione abuteretur. Hinc etiam est, quod mandato generali placet, non contineri trāsactionem interpositam decidendi causa *l. mandato 60. D. de procurat.* quia cùm transactio fieri non possit, nisi aliquo dato, vel remisso ad redimendum litis, siue præsentis, siue futuræ dubium euentum *l. 1. D. de transact. l. transactio 38. C. eo.* Videtur abuti potestate sibi concessa procurator qui ex bonis alienis dat aliquid, aut remittit domino ignorante. Vt proinde nil necesse sit cum Iacobo Cuiacio emendare textum *d. l. mandato*, & pro *decidendi* reponere *diminuendi.* Neque enim potest fieri transactio quin aliqua in re diminuatur patrimonium eius cuius nomine transigitur, ne tum quidem cùm per transactionem res de qua transigitur ad eum peruenit. Siquidem hoc ipsum non aliter fieri potest, quàm si ex ea causa, vt diximus, aliquid vicissim detur aut remittatur. Dices non diminui, sed augeri patrimonium ejus cui ex transactione acquiratur per procuratorem fundus dignus quingentis, licet procurator eo nomine dederit centum. Id verò negandum est, quia iam ante transactionē fundum in bonis habuisse intelligitur qui actionem habuit ad eum perseqnendū tametsi ab alio fundus ille possideretur. *l. rē in bonis 52. De acquir. domin. l. id apud se 43. De verb. signific. l. is qui actionem 15. De regul. iur.* Eáque distinctio, An per transactionem fundus alienetur aut retineatur tunc tantùm habet locum quando tractatur de fundo pupilli aut minoris, quoniam neque pupillis, neq; minoribus, neque eorum tutoribus aut curatoribus prohibitum est tran-

L. filiusfamilias 7. D. de donat.

L. mandato 60. D. de procurat.

l. 1. D. de trāsact. l. transactio 38. C. eod.

figere bona fide de dubia lite, nisi cùm per transactionem fundus alienatur *l. non solum 4. C. de præd. minor.* Aut cùm de euictione ex causa transactionis præstanda disputatur, quia non solet præstari euictio eius rei quam quis per transactionem remiserit, & penes aduersarium reliquerit, sed illius tantùm quam alienauerit *l. si pro fundo 33. C. de transact.* Hinc denique est, quod eleganter Iulianus scribit in *l. qui fundum 7. §. si tutor D. pro emptor.* Si tutor rē pupilli subripuerit & vendiderit, non posse vsucapionem contingere, priusquàm redeat res in potestatem pupilli, Quoniam, inquit, tutor in re pupilli tunc domini loco habetur, cùm tutelā administrat, non cùm pupillum spoliat. Quò etiam pertinet quod ex Vlp. scriptum est in *l. 3. in princip. D. de contr. tutel. & vtil. action.* Si tutor in pupillum plus impenderit quàm esset in facultatibus pupilli, ita demum permittendum ei esse vt contrario iudicio id consequatur si expedierit pupillo ita tutelam administrari. Sed si non expedierit absolui pupillum oportere, Neque enim, inquit, in hoc administrantur tutelę, vt pupilli mergantur. Et sanè abutitur potestate sua tutor, quoties administrationis suæ artes & rationes omnes ad pupilli commodum & vtilitatem non refert, Ideóque id vnum incumbit officio iudicis qui de contrario tutelæ iudicio cognoscit, vt pupilli vtilitatem spectet, & an tutor sumptus ex officio fecerit *d. l. 3.*

L. non solum 4. C. de præd. minor.

L. si pro fundo 33. C. de transact.

L. qui fundum 7. §. si tutor D pro emptor.

L. 3. in prin. de contr. tutel. & vtil. act.

PRINCIPIVM V.

De auxilio seruis contra dominorum sæuitiam dando.

NOn solùm reipublicæ, sed etiam dominorum interest ne auxilium contra sæuitiam vel famem, vel intolerabilem iniuriam denegetur seruis qui iustè deprecantur. Verba sunt rescripti ab Imp. Antonino emissi ad Ælium Marcianum, quæ Iustin. refert in hoc *tit. post Vlp. in d. l. 2. D. eod.* Ratio huius Principij est, quòd cùm serui naturaliter perinde homines sint atque si essent liberi (est enim hominum diuisio illa, vt ex iis quidam sint liberi, quidam serui, quemadmodum diximus ad *tit. De iur. person.*) & ita naturaliter comparatum sit, vt illatam sibi iniuriam vix patienter ferre quisquam possit, præsertim qui de ea, vel repellenda vel vindicanda audeat cogitare, adeóque vel patientissimi cuiusque læsa sæpius patientia facillimè degeneret in furorē, non est dubitandum quin seruus à domino atrociter & impiè tractatus, siue nullam, siue leuissimā duntaxat offensionis causam domino præbuerit, statim aliquid in eius necem ac perniciem ausurus sit, & de vindicta cogitaturus si nullum sibi in legibus & magistratibus relictum esse sciat auxilium. Nihil enim est quod naturalem illā nimisque propensam hominum ad vltiones & vindictas facilitatem tantopere teneat, & remoretur, quantopere parata legum autoritas, & obuia spes vindictæ publicæ, cui priuatam cedere æquum sanè est. Nam & inde fit quod habet iuris regula vt singulis concedendum nō sit, quod per Magistratum publicè fieri possit & debeat, ne occasio sit maioris tumultus faciendi *l. non est singulis 176. De regul. iur.* Et verò sicut vetus illud verbum est ita & longo vsu comprobatum, *Quot serui tot hostes*, nec vlla maior nequitia quàm seruilis ingenij, vt Impp. loquuntur in *l. pen. C. de libert.*

L. 2. D. hoc tit.

L. non est singulis 176. de reg. iur.

L. pen. C de liber. & eor. liber.

libert. & eor. liber. §. summa autem infr. De noxal action. Quæ etiam res causam dedit senatusconsulto Silaniano De torquendis seruis omnibus qui fuerunt sub eodem tecto cùm occisus dominus fuit. Quia nimirum quandiu nescitur quis dominum occiderit, credibile est aut ab aliquo ex propriis seruis, aut iis saltem vel omnibus, vel maiori ex parte consciis occisum illum fuisse *l. 1. & tot. tit. D. de SC. Silan.* Hinc etiam celeberrimum illud senatusconsultum apud Cornelium Tacitum de quingentis seruis ad mortem damnatis pro vnius Senatoris vnico ictu perfossi nece vindicanda. Dominorum igitur non parum interest vt legum & magistratuum auxilia etiam seruis pateãt, vt quandiu hoc sibi remedium aduersus dominorum iniurias & sæuitias oblatum vident, de dominis ipsis occidendis non habeant cogitandum. Id verò dignum est obseruatione, Imperatorem Antoninum cùm seruis aduersus dominos prouidere voluit, sic tamen egisse vt nullam seruorum rationẽ habere velle videretur, sed tantùm dominorum, propter eam rationem quam modò diximus, & reipublicæ, cuius quippe interest, ne quis re sua malè vtatur, vt superiore Principio dicebamus. Ad fauorem seruorum nullomodo respexit, at ne quidem ad id quod homines sunt (quãquam Papinianus de seruis exportandis tractãs in *l. si venditor 6. §. 1. ill. tit. De seru. export.* nõ minùs piè quàm eleganter scripsit hominem beneficio affici interesse hominis) Nempe ne rationem iuris violare videretur, quæ seruos penitus pro nullis habet, Itémque iura dominorum, quorum potestatem in seruos illibatam esse oportere, nec cuiquam hominum ius suum detrahendum esse, rescripti verba præfantur.

l. 1. De SC. Silan.

L. si venditor 6. §. 1. De seru. export.

Interesse militum quoque ne contra ius & æquitatem faueatur passim militibus.

SImile est quod Traianus Imp. à militibus rogatus, vt voluntatem eius militis qui in colloquio familiari dixerat commilitoni *Ego te heredem facio* iure testamenti militaris ex priuilegio valere pateretur, cùm neque id concedere vellet quod iniquum erat, neque militum suorum animos abalienare, rescripsit Catilio Seuero, Nullorum magis interesse quàm ipsorum militum, quibus pro arbitrio testandi priuilegium datum est, id exemplum non admitti ne alioqui facilè eueniat vt post eius militis mortem qui intestatus decedere voluerit, reperiãtur testes qui adfirment audisse se militem supradictis verbis testatum *l. Diuus Traianus 24. D. de test. mili.* Sic Impp. Dioclet. & Maxim. ad milites qui volebant sibi licere, venditiones à se ritè factas ex priuilegio militari rescindere possent, rescripserunt, interesse militum quoque ratas eas manere, ne quando possent & ipsi eadem lege conueniri quam sibi tribui postulassent *l. ratas 7. C. de rescind. vendit.* Sic denique dicimus minorum annis vigintiquinque maximè interesse, vt non fiat irrita omnia quę cum iis geruntur, Ne alioqui magno incommodo afficiantur eius ætatis homines nemine cum iis contrahere volente *l. quòd si minor 24. §. non semper D. de minor.*

L. Diuus Traianus 24. D. de test. milit.

L. ratas 7. C. de rescin. vendit.

l. quod si minor 24. § nõ semper D. de minor.

TIT. VIII.

De patr. poteſt.

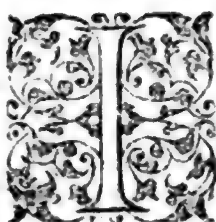
PRINCIPIVM I.

De origine patriæ poteſtatis ex iure ciuili.

§.ius autem hoc tit. l. 3.D. de his qui ſui vel alien. iur. ſunt.

L.patre furioſo 8. D. eod.

Ratio inducendi iuris patriæ poteſtatis.



IVS patrię in liberos poteſtatis proprium eſt ciuium romanorum,ac proinde iuris ciuilis eſt vt Iuſt.ſcribit in *§.ius autẽ hoc ti. poſt Caium in l.3 De his qui ſunt ſui vel alien.iur.*Non quòd legibus duocim tabularum aut qua alia romanorum lege inductũ ſit,ſed quia moribus populi receptum eſt vt Vlp.loquitur in *l. patre furioſo 8. in prin.eod.tit.* ſicut & ſubſtitutio pupillaris *l.2.De vulg.& pupill. ſubſt.*& alia pleraque huiuſmodi,quæ licèt nullius legis autoritate inducta ſint, non eo minùs tamen iuris ciuilis eſſe dicuntur, quia ius ciuile partim conſtat ex ſcripto,partim ex nõ ſcripto vt diximus ad *tit. De iur.natur.gent.& ciuil.*Cur autem moribus populi romani ius hoc,ſiue inductum,ſiue receptum ſit,ſi quis quærat ratio illa adferri poteſt,quòd eius populi præter & ſupra cęteros omnes pręcipuum ſtudium illud ſemper fuerit,vt familiarum amplitudini conſuleret ac dignitati,vtpote ex qua totius quoque reipublicæ amplitudo & dignitas metienda ſit & æſtimanda. Idque apparere ex eo poteſt quod quamuis lex 12.tab.à Græcis ſumpta nullã inter maſculos & fœminas quod ad cauſam ſucceſſionis,ſiue teſtamẽtarię,ſiue legitimę differẽtiã induxiſſet,media tamen iuriſprudẽtia quæ floruit eo tempore quo aucta iam republica nihil niſi de amplificanda ea cogitandum videbatur,maſculos fœminis prælatos voluit in ſucceſſione inteſtati,facto verò teſtamento dificiliùs exheredari maſculos quàm fœminas,Nõ alia ratione quàm quòd per maſculos tãtùm non etiã per fœminas familiarũ dignitas conſeruetur *l.maximũ viciũ 4.C.deliber.præter.l.lege 14. C.de leg.hered.*iunct.*l.1.§.ſed etſi ſeruus* D.*de inſpic.vent.* in illis verbis *vt ordinũ dignitas familiarumq;ſalua ſit.*Nemo enim neſcit familiarũ dignitatẽ ex earũ præſertim antiquitate latiſſimáque propagatione æſtimari ſolere & debere, itémque ex ampliſſimis patrimonij facultatibus bene partis,quod niſi lõgo tẽporis tractu productáq; per multos deſcendẽtiũ gradus linea fieri nõ poteſt. Atqui per fœminas nihil penitus iſtorũ omniũ poteſt cõtingere, cùm fœmina quęlibet familię ſuę & caput,& finis ſit *l.pronunciatio 195.§.vlt. De ver.ſign.* Hoc ipſum autẽ ideò,quòd vt ſubiicitur in *l.ſeq.*qui ex fœminis in iuſto & legitimo matrimonio naſcuntur,patris nõ matris condicionẽ ſequũtur,quod& ſcriptum eſt in *l.cùm legitimæ 19. D.de ſtat.homin.*Indéque nimirum eſt, quod ciuiũ romanorũ ſumma diuiſio illa ſemper fuit,vt vel patresfamilias eſsẽt,vel matresfam.vel filiifamilias aut filięfamiliarũ *l. nã ciuiũ 4. De his qui ſui vel alien.iur.ſunt.*facta ſemper & in cuiuſlibet perſona mentione familiæ, vt appareret ciuẽ romanum dici non poſſe qui vel propriam familiam non haberet, vel ad familiam alienam non ſic pertineret vt propriam quoque tandẽ habere poſſet.

L. maximũ vicium 4 C. de liber. præter.

L.pronũciatio 195.§.vl. & l.ſeq. De verb ſignifi.

L.nam ciuiũ 4. De his qui ſui vel alien. iur. ſunt.

posset. Propter quam causam seruos licèt ad domini familiam pertinentes nemo vnquam ex prudentibus seruos familias appellauit, quia ad alienam familiam sic pertinent, vt propriam constituere ac patresfamilias fieri nunquam possint, quin potiùs serui esse desinant, Longéque alio sensu familiæ appellatione continentur in edicto illo prætoris, de quo in *tit. Si famil. furt. fecisse dicet.* vt Vlpianus monet in *d. l. pronunciatio §. seruitutium De verb. signific. & in l. vlt. C. de verb. signific.* Nos enim familiæ appellatione hîc intelligimus plures personas quæ sunt sub vnius potestate siue natura siue iure subiectæ *d. l. pronunciatio §. familiæ.* Natura vt sunt liberi cuiuscunque sexus ex legitimo matrimonio procreati, quos filiosfamilias & filiasfamilias appellamus. Iure vt liberi adoptiui, qui & perinde filiifam. dicuntur, itémque vxor quæ in viri manum conuenit vt olim fieri solebat, quam idcirco matremfam. appellamus. Eadem familiæ appellatione continentur, qui filiorum & filiarumfamilias vicem sequuntur vt puta nepotes & neptes & deinceps, id est pronepotes & proneptes, abnepotes & abneptes. Pater autem familias appellatur non qui in ea domo & familia filium habet, sed qui dominium ita vt rectè hoc nomine appelletur quamuis filium non habeat. Non enim solam eius personam, inquit Vlp. sed & ius demonstramus, ob idque & pupillum patremfamilias vocamus. Quādo namque paterfamilias moritur, quotquot capita ei subiecta fuerant singulas familias incipiunt habere, singulique patrumfamiliarum nomen subeunt, Quotquot, inquam capita ei subiecta fuerant, scilicet ciuium romanorum, vt seruos qui morte patrisfamilias non magis patresfamilias quàm ciues romani fieri possunt, excludamus. Ergo vt ad propositum redeamus, cùm id vnum præcipuo quodam studio populus romanus curaret, vt singulas ciuium suorum familias, quanta posset, & hominum & facultatum propagatione in futurum extenderet, necesse fuit aut certè quàm maximè conueniens, vt ad iustas nuptias contrahendas ciues romani præmio aliquo proposito inuitarentur, & è contrario orbis & cœlibibus pœnæ irrogarentur, Id enim solo nuptiarū beneficio assequimur, vt liberos iustos habere possimus, ex quorum prole diuturnitatis memoriam in æuum relinquamus, quemadmodum Callistratus ratiocinatur in *l. liberorum* 220. *§. vlt. De verb. signific.* vbi addit non nisi hoc animo & voto à piis parentibus & vxores duci & liberos procreari, vt quodammodo immortalitas humano generi artificiosè introducatur, quomodo loquitur Iustinian. *Nouell. 22. De nupt. in princip.* Inter cætera verò priuilegia nuptiis iustis & legitimis concessa nō postremū illud fuit aut esse debuit, vt in liberos qui ex nuptiis quādocūque suscepti essēt haberet pater ius patriæ potestatis, id est omnimodā potestatē etiā vitæ & necis *l. in suis* 11. *in fi. D. de lib. & posthum. l. vlt. C. de patr. potest.* Cùm alioqui fieri potuisset vt multi à contrahendis nuptiis liberorúmque procreandorum voto reuocarentur, veriti ne tales fortasse liberos susciperent quos aliquando propter ipsorum contumaciam, moréssque perditos vsque adeo exosos essent habituri vt suscepisse pœniteret, qua ratione palam est etiam hodie plerosque alienis exemplis siue timidiores siue sagaciores effectos à nuptiis quas alioqui sponte ambirent, non inuitos abstinere. Sed & illud exploratum est, non meliùs at nec aliter conseruari familiæ patrimonium, nedum amplificari posse, quàm si totius familiæ vnum duntaxat caput sit, vnus administrator, & gubernator, quemadmodum Aristoteles in Politicis tractat: Id verò ita demū fieri potest si omnes personæ quotquot

Tit. si famil. furt. fecisse. dicet. d. l. pronunciatio §. seruitutium l. vlt. C. de verb. signific. d. l. pronunciatio §. familia.

L. liberorū 220. §. vlt. De verb. signific. Nouell. 22. De nupt. in princ. L. in suis 11. in fin. de lib. & post. l. vl. C. de patr. potest.

in patrisfamilias domo sunt, in mera eius potestate sint, ne quicquam impediat quominus liberum de tota familia disponendi arbitrium habeat, liberámque facultatem. Hac igitur etiam ratione ius patriæ potestatis patribus in liberos acquiri concedíque pro singulorum familiarum, & consequenter reipublicæ dignitate tuenda expediebat. Intelligi autem ex superioribus potest, mores istos populi romani ex quibus inductum est ius patriæ potestatis, antiquissimos fuisse adeóque lege ipsa 12. tabularum antiquiores, & iam inde à Romuli temporibus si Halycarnasseo credimus lib. 2. Cùm ea lex duodecim tabularum, & patrisfamilias meminerit in concedenda testandi facultate his verbis *Paterfamilias vti super sua re legaßit ita ius esto*. & sui heredis confirmatis hereditatibus legitimis ex ea parte qua ita cauit *si suus heres non erit, agnatus proximus familiam habeto*. Patremfamilias enim ex eo æstimamus quod personas omnes quæ in domo & familia sunt sub sua teneat potestate, sicuti iam diximus ex Vlpiano in *d. l. pronũciatio §. familiæ*. Suum verò heredem ex eo quoque quòd & in patrisfamilias potestate sit & primum in successionis causa locum gradúmque obtineat *l. si filiusfamilias 33. §. 1. D. de testam. milit. l. scripto 7. D. vnd. liber.*

Ius patrisfamilias ex quo æstimetur itémque ius sui heredis.

ILLATIO I.

De peculiari iure ciuium Romanorum circa patriam potestatem.

EX hoc Principio illud primùm fit quod Iustinianus in hoc tit. scribit, nullam in toto terrarum orbe gentem esse apud quam ea sit parentum in liberos potestas quæ est ciuium romanorum. Nam & in cæteris quæ iuris ciuilis sunt idem vsuuenire solet, vt non apud omnes gentes peræquè custodiantur sicut ea quæ sunt iuris gentium aut naturalis, sed apud eos duntaxat populos quorum iure proprio ac peculiari fuerunt constituta *l. omnes populi 9. D. de iustit. & iur.* Et si fatendum est non esse bonam hanc consecutionem nisi à communiter accidentibus. Nihil enim vetat esse quid iuris ciuilis romanorum, tanquam quod & ratione merè ciuili & in romana primùm repub. inductum sit, & tamen idipsum apud omnes gentes tandem æquè receptum esse, Vt in testamentis, stipulationibus & acceptilationibus euenisse probauimus ad *tit.* De *iur. natur. gent. & ciuil.* vbi Ostendimus vnumquódque ius siue naturale sit siue gentium, siue ciuile, non ex alia re æstimandum esse quàm ex ratione ipsa, quæ illud induxit. Itaque si poneres hodie apud omnes receptum esse ius patriæ potestatis, non eo minùs dicendum esset iuris ciuilis, Inspecta nimirum inducendi eius sola ratione, quæ tota vt diximus ciuilis fuit propriáque romanorum.

L. omnes populi 9. D. de iustit. et iur.

ILLATIO II.

De patrum duntaxat non matrum in liberos potestate.

SEcundò ex eodem Principio fit, vt patribus duntaxat non etiam matribus hoc ius potestatis datum sit, quæ & idcirco patria potestas appellatur, Non quod imbecillioris consilij propter sexus fragilitatem mulier sit quàm vt ei permitti debeat habere quemquam in potestate, Aut quòd maior patri pietas & obseruantia quàm matri debeatur (vtrumque enim falsum est, cùm furiosus qui non tantùm iudicio sed etiam sensu caret perinde liberos in furore susceptos habeat in sua potestate *d. l. patre furioso* 8. *De his qui sui vel alien. iur. sunt.* & vtri-

L. patre furioso 8. de

& vtrique parenti licèt inæqualis sit potestas ipsorum æqualem tamen pietatem deberi constet *l.4.D.de curat.furios.*) Sed quoniam totum hoc ius patriæ potestatis ad familiarum conseruationem & amplificationem referẽdum est, quæ per fœminas vt diximus fieri nullomodo potest *§.fœmina infr.De adopt.*

his qui sui vel alien. iur. sunt l.4 D. de cura. furios.

§.fœmina De adopt.

ILLAT. III.

De iure habendi sui heredis.

TErtiò ex eodem Principio fit vt patresfamilias habeãt suos heredes, *l.1.& tot tit.De suis & legit.l.in suis 11.De liber.& posthum.fœmina non item l.4.§.ad testamenta* D. *de bonor. poss. contr. tabul.* quia cùm suus heres ille tantùm sit qui & in morientis potestate fuit & primum in successionis causa locum gradúmque obtinuit *d.l.scripto* 7.D *vnd.liber.l.si filiusfamilias* 33.§.1.D.*de testam. milit.* consequens est vt non possit suum heredem habere mater quæ liberos non habet in potestate *§.cæteri infr.De hered.qualit.& differ.*

L. in suis 11. De liber. & posthum. l. 4.§.ad testamenta D.de bonor. poss. contr. tabul.

§.cæteri De hære.quali. & differ.

ILLATIO IV.

Patriam potestatem esse inæstimabilem.

QVartò ex eodem Principio fit, vt patria potestas inæstimabilis res existimetur *l.filiusfamilias* 114.*§.sed si liberos* De *legat.*1.vbi Mæcianus ob hanc causam scribit patrem qui liberos suos emancipare rogatus sit cogi non posse vt id faciat, Nimirum si nihil à testatore in eam rem acceperit, Alioquin voluntati quam agnouit parêre cogendus est cùm tanti æstimauerit carere patria potestate, Ne aliter posito iure circunueniatur voluntas defuncti *l.si cui legatũ* 92.*De condic.& demonstr.*

L.si filiusfamilias 114. §.sed si liberos de leg.1.

L.si cui legatum 92. D. de condic. & demonst.

ILLATIO V.

De inuitis filijs naturalibus aut emancipatis non redigendis in patriam potestatem.

QVintò ex eodem Principio fit, quod Modestinus scribit in *l. vlt. De his qui sui vel alien.iur.sunt*, Inuitos filios naturales vel emancipatos nõ redigi in patriam potestatem. Nemo enim dubitat quin ipsorum intersit vt sui iuris sint potius quàm alieni, vtque non habeat naturalis pater in eos vitæ necísque potestatem.

L.pronũciatio 195.§ familia De verb.signif.

ILLATIO VI.

De filio per emancipationem amittente nomen filij.

SExtò ex eodem Principio fit vt filius à patre emancipatus sicut per emancipationem exit de potestate & familia patris, adeóque propriam familiam habere incipit cuius ipse absolutè dominus & paterfamilias est *d. l. pronuntiatio* 195 *§.familia vers.idémque eueniet* De *verb.signif.* Ita & quod ad ius ciuile pertinet filius esse desinat, & pro extraneo haberi incipiat *dict. §. cæteri De hereditat. qualit. & differ. l.si genero* 26. *C. de iur.dot.* adeò vt neque instituendus sit, aut exheredandus tanquam filius, neque ad intestati patris successionem à lege vocatus, Non magis quàm si filius nec esset, nec vnquam fuisset. Ius enim de liberis instituendis vel exheredandis ad eos duntaxat qui in potestate essent olim pertinuit *l.inter cætera* 30.*De*

§.cæteri de hered. qualit.& differ. l.si genero 26.C.de iur.dot. L.inter cætera 30.De liber.& posthum.

liber.& posthum. Lex verò duodecim tabularum in confirmandis hereditatibus legitimis per ea verba quæ suprà retulimus *si suus heres non erit, agnatus proximus familiam habeto* non nisi de suis heredibus vt apparet locuta est, quibus è diametro emancipati opponuntur. Denique vsque adeò voluit ius ciuile romanorum inseparabile esse nomen patris à iure patriæ potestatis, vt quisquis patriam potestatem non haberet, is nec pater esse crederetur, nec vicissim filius qui patriæ potestati subiectus non esset. Siquidem vtrumque hoc vt quis & pater sit, & patriam potestatem habeat, ex eodem medio fit, id est ex iustis nuptiis, sine quibus neque patris nomen, neque ius patriæ potestatis acquiri potest. Vtrumque verò per iustas nuptias simul & semel eodémque momento acquiritur, vt sequenti Princip. dicemus.

ILLATIO VII.

De amittendo iure patriæ potestatis ex amissione ciuitatis.

SEptimò ex eodem Principio fit vt si pater maximā vel mediam capitis diminutionē passus sit id est vel libertatē & ciuitatē simul, vel salua libertate ciuitatem solam amiserit, puta per deportationem, desinat quoquè hoc ipso liberos suos habere in potestate *§. cùm autem infr. quib. mod. ius patr. potest. soluit.* vbi ratio redditur quod cùm vtroque isto casu tollatur pater ex numero ciuium romanorum, habendus sit pro mortuo, quod attinet ad ius romanæ ciuitatis. Nec enim fieri potest vt qui ciuis esse desiit adhuc retineat ea quæ sunt iuris ciuilis, licèt non eo minùs retineat cætera quæ sunt iuris gentium *l. sunt quidam* 17. *§.* 1. *D. de pœn.* Ergo vt patriam potestatem amittat necesse est, tanquam quæ sit merè iuris ciuilis proprii romanorum. Et quemadmodum fieri nequit vt non amittat pater filium quem patria amisit *l. postliminium* 19. *§. filius quoque De capt. & postlim. reuers.* Ita multò minus vt patriam potestatem non amittat qui patriam ipsam amisit. E contrario relegati non amittunt patriam potestatem, quia retinent ciuitatem *§. relegati quib. mod. ius patr. potest. soluit.*

§. cùm autē Quib mod. ius patr. potest. soluit.

L. postliminium 19. *§. filius quoque D. de capti. & postlim. §. relegati Quib. mod. ius patr. potest. soluit.*

ILLATIO VIII.

De libertinis habentibus liberos in potestate.

OCtauò ex eodem Principio fit vt libertini quoque habeant liberos suos in potestate *l. filium* 7. *C. de suis & legit. l. libertos* 8. *C. hoc tit.* Scilicet quæ sunt & ipsi ciues romani. De hoc enim solo libertinorum genere hîc loquimur.

PRINCIPIVM II.

De liberis in patrum potestate constitutis.

IN patrum potestate sunt liberi ex iustis & legitimis nuptiis procreati. Sic Iustinianus scribit in Princip. huius tit. post Caium in *l.* 3. *De his qui sui vel alien. iur. sunt.* Nam cùm filium eum definiamus qui ex viro & legitima eius vxore nascitur *l. filium* 6. *eod.* nec alius pater dici possit quàm quē nuptiæ demon-

L. 3. *D. de his qui sui vel alien. iur. sunt. L. filium* 6. *eod.*

demonſtrant *l. quia ſemper* 5. *D. de in ius vocand.* propter eas rationes quas ſuſiùs explicauimus ad Princip. 4. *ſup. De iur. perſon.* conſequens eſt vt non alius in poteſtate liberos habere poſſit, quàm qui eos ex iuſtis nuptiis procreauit. Itémque vt quiſquis iuſtus & legitimus pater eſt habeat liberos in poteſtate, ſi verum eſt quod ſuperiore Principio tractauimus, hoc ius patriæ poteſtatis iuſtis nuptijs quaſi præmij cuiuſdam iure datum eſſe, ideóque nec patris nomen à iure patriæ poteſtatis ſeparari vnquam poſſe. Quò etiam pertinet quod ſcriptum eſt in *l. cùm legitimæ* 19. *D. de ſtat homin.* cùm legitimæ nuptiæ præceſſerunt, filium ſequi patris non matris condicionem. Nimirum quia nec aliam ob cauſam inter ciues romanos contrahuntur nuptiæ, quàm vt familiæ conſeruentur & perpetuentur, quod ipſum per fœminas, vt ſæpius iam diximus fieri non poteſt, cùm fœmina ſuæ familiæ & caput ſit & finis *dict. l. pronunciatio* 195. *§. vlt.* De *verb. ſignific.*

L. quia ſemper §. De in ius vocand.

L. cùm legitimæ 19. D. de ſtat. homin.

L. pronunciatio 195. §. vlt. De ver. ſignific.

ILLATIO I.

De liberis extra iuſtas nuptias ſuſceptis.

EX hoc Principio fit, vt quiſquis extra iuſtas nuptias liberos ſuſcepit ſiue quòd nuptias nullas contraxerit, ſiue quòd contra leges aut bonos mores contraxerit, ſicut patris nomen non meretur, ita neque ius patriæ poteſtatis habeat in liberos ex ea coniunctione ſuſceptos. *§. ſi aduerſus infr.* De *nupt.* vbi additur nec virum, nec vxorem, nec matrimonium, nec dotem eo caſu intelligi, & illos qui ex coitu eiuſmodi naſcuntur, tales eſſe quantum ad patriam poteſtatem pertinet quales ſunt ij quos mater vulgo concepit. Nam quamuis nec hi nec illi reuera ſint ſine patre, perinde tamen incertus omnium pater eſt, cùm certus per rerum naturam nullus eſſe poſſit niſi quem nuptiæ demonſtrant *d. l.* 5. De *in ius vocand. l. Lucius* 83. *D. de condic. & demonſtr.* Paria autem ſunt quid non eſſe, & non apparere *vulg. l. duo ſunt Titij* 30. D. *de teſtam. tutel. cum ſimilib.* Cur verò additum eſt in *d. §. ſi aduerſus, quantum ad patriam poteſtatem.* An quia in cæteris patrem habere intelligantur patriſque condicionem ſequantur iſti ex illegitimis nuptijs ſuſcepti? Minimè ſi rationem inſpicias iuris ciuilis. Sed videtur Iuſtinianus iis verbis reſpexiſſe ad poſteriorum Imperatorum conſtitutiones de quibus in *tit.* C. *de natural. liber.* quibus inductum fuit vt naturales liberi ex illicita minúſve legitima coniunctione ſuſcepti, quorum nomen ante Conſtantini tempora romanis legibus inauditum & incognitum fuiſſe teſtatur Iuſtin. Nouell. 89. *quib. mod. natur. effic. legit.* capere poſſint ex patrum naturalium teſtamentis ad vnciam vſque extantibus aliis liberis naturalibus & legitimis *l. 2. C. de natur. lib.* ſupra vnciam verò ad certam tamen portionem ex legibus Codicis, adeóque totam patris ſubſtantiam ex *d. Nouell.* 89. Si iuſta ſoboles nulla ſupereſſet *Auth. licèt eod.* Cæterùm etiam qui in figura matrimonij ſuſcepti ſunt, ſi tamē iuſtum matrimonium non fuit, puta quòd vel pater qui pro libero habebatur, ſeruus poſteà apparuerit, vel mater ancilla æquè ſunt ſpurij & ἀπάτορες, id eſt ſine patre, atque ſi vulgo quæſiti eſſent *l. ſi ignorans* 3. vbi eſt text. elegans *C. ſolut. matrim.* vbi quod quidam notant in illis verbis *incerto tamen patre* manifeſtam eſſe ὁμονοιαν quaſi in ea ſpecie non poſſit dici incerto patre natus, quem lex ponit ex Erote qui liber putabatur, & in figura matrimonij natum fuiſſe, ego non probo, quia ſtatim atque deficit ius & nomen matrimonij deficere quoque neceſſe eſt probationē

§. ſi aduerſus De nupt.

L. Lucius 83. De condic. & demonſt.

l. 2. C. de natur. liber.

Auth. licèt eod.

filiationis vt nostri loquuntur, quam scilicet aliter quàm per nuptias impleri prorsus impossibile est *d.l. Lucius*. Nam nec per nuptias impletur concludenter, sed ea tantùm præsumptione quæ sit iuris, & de iure. Ne si hæc saltem probandæ filiationis ratio nō sit, & quidem talis quæ contraria probatione vlla nequeat labefactari, nulla prorsus supersit, atque ita familiarum omnium nomina, iura, omnia denique misceantur, confundantur, perturbentur. Quis enim conceptionis instans ex quo pater esse incipit, obseruare poterit, quod nec patri ipsi notum est, nec matri, saltem vt certò tutóque possit dicere se hoc aut illo præcisè instanti concepisse? Sublata igitur fide probationis quæ tota ex matrimonio pendebat illud necessariò relinquitur, vt patrem suum demonstrare non possit qui patris nuptias demonstrare nullas potest, tametsi in figura matrimonij susceptus proponatur, & consequenter vt sit sine patre, non tam reipsa quàm probationis defectu, cùm probationes omnes certas esse oporteat, saltem quantum naturæ iurísve ratio pati potest, *l. neque natales* 10. *& alibi pas. C. de probat. l. non hoc* 4. *C. vnd. legit.* Indéque est quod neque in patris potestate constitutus dici potest neque in eam redigi inuitus *l. vlt. D. de his qui sui vel alien. iur. sunt. l. vlt. D. de adopt.*

De liberis adoptiuis & legitimatis.

OBstare huic Principio videtur quod patria potestas nō tātū per iustas nuptias acquiritur, sed etiā per adoptionē & per legitimationē, vt dicemus ad *tit. de adopt.* Sed respondendum est adoptionem esse cōmentum iuris ciuilis per quod acquiruntur liberi non alio colore, quàm quod ex iustis nuptiis quæsiti fingantur, quod etiam fit per legitimationem. Vnde est quod qui iustas nuptias contrahere non possunt, ij nec adoptare possunt, quemadmodum tractabimus ad eum tit. Itaque semper verum est non alios liberos esse in potestate quàm qui ex iustis nuptijs procreati sunt vel verè vel iuris fictione. Quibus annumerandi sunt, qui per oblationem curiæ legitimantur aut per Iustiniani Nouell. constit. ex dotalium instrumentorum confectione. De quibus tractat Iustin in *§. aliquando Instit. de nupt.* qui *§. pertinet ad hunc tit. De propria potest.* potiùs quàm ad illum *De nupt.*

PRINCIPIVM III.

De potestatis iure denegato ei qui ipse in aliena est potestate.

IN sua potestate nec alium habere, nec aliquid potest qui ipse in aliena est *l. sic eueniet* 21. iunct. *l. præc. D. ad leg. Iul. de adult.* vbi Vlpianus & Papinianus scribunt ei demum patri datum esse ius occidendi adulterum cum filia, qui filiam habeat in potestate. Ideóque si is qui pater est, idem filiusfamilias sit, neque patri neque auo id permitti. Non auo, quia pater non est, lex autē de solo patre locuta fuit. Non patri, quia licèt pater sit filiam tamen in potestate sua nō habet, cùm non sit ipse suæ potestatis, Vt mirer locū illum à doctissimis quibusdā viris intelligi de nepte ex filio emancipato: quo casu certè nulla dubitatio esset quin patri filiā cū adultero occidere liceret, quam nimirū in sua potestate haberet, cōstitutus ipse sui iuris per emancipationem, Auo autem idipsū non liceret qui neptem ex filio emancipato in sua potestate habere nōposset, nisi

l. sic eueniet 21. cum præced. D. ad leg. Iul. de adult.

nisi quam antè filij emancipationem conceptam filium posteà emancipando, nihilominus in sua potestate,quod plerũque fiebat,retinuisset. Nec malè Bart. ad eum locum notat,concludítque eadem ratione,Patre monasterium ingrediente filiũ effici sui iuris,cùm pater monachus in monasterij potestatẽ redigatur *Auth.ingressi C.de sacros.eccles.* Ex eo autẽ loco apparet, vt hoc etiam obiter notemus,ius illud quod patria potestas primis temporibus habuit vitæ & necis in liberos, fuisse tandẽ diminutum penitúsque antiquatũ,siquidem legis Iuliæ autoritate opus fuit,vt filiam etiam in adulterio domi suæ deprehensam occidere patri liceret, Imò,quod magis est , nec aliter id permittere lex Iulia voluit,quàm si cũ filia pater adulterũ quoque occideret, Alioqui legis Corneliæ de sicariis reus fieret non minùs si filiã sine adultero,quàm si adulterũ sine filia occidisset , Sicut & si filiã extra ipsam turpitudinẽ, aut alibi quàm in sua, vel generi sui domo *l.quod ait lex 23.l.nihil interest 32. D.ad leg.Iul.de adult.* An verò potestas illa vitæ & necis in liberos lege aliqua scripta aut constitutione Principis sublata fuit , quomodo superiore titulo diximus Antonini rescripto sublatam dominorũ in seruos vitæ necísque potestatem? Minimè verò,quamuis ita Donellus sentire videatur *lib.2.comment.ca.25.post initium.* Nullam certè legem aut constitutionem ea de re factam legimus. Est igitur multò credibilius, quemadmodum ius patriæ potestatis moribus introductum fuit, ita & nimiam illam potestatem moribus quoque , id est sola desuetudine antiquatam esse, Nullo per multa tempora reperto patre tam inhumano , qui ea potestate in liberos suos sine causa & impiè abuti voluisset. Id enim longè difficiliuserat quàm vti ne domini eadẽ illa potestate quã in seruos suos habebãt, abuterentur. Planè iusta aliqua occidendi causa intercedẽte,puta ob nouercã à filio adulteratã vt in *l.Diuus Hadrianus 5.D.de leg.Pom.de parricid.* aut ob filiã in adulterio deprehensam , remansit illud semper ex antiqui illius iuris reliquiis vt patri filiam occidere concederetur. Etsi namque lex Iulia in eam rem vt diximus specialiter lata fuit sine qua & ante quam vix est , vt patri licere potuerit filiam occidere iure suo , Non alia tamen ratione moueri potuit lex Iulia vt id permitteret , quàm quòd ius patriæ potestatis idipsum exigere videretur. Nam si nihil nisi patris nomen & existimationem ante oculos habuisset,quidni patribus omnibus idem permisisset,id est etiam ei qui filiam non haberet in potestate ? Atqui id Papinianus negat in *d. l. patri 20.ad leg. Iul.de adulter.* E contrario non separatur in ea lege pater naturalis ab adoptiuo *l.nec in ea 22.eod.* nempe quia quod ad ius patriæ potestatis attinet, non differt adoptiuus pater à naturali vt dicemus ad *tit.De adopt.* quamuis alioqui pietas illa paterni nominis cuius præcipuam rationem à lege Iulia habitam fuisse Papin.ait in *d.l.nec in ea* , non possit maior non esse in patre naturali quàm in adoptiuo. Siquidem in naturali non nudum nomen patris , sed ipsa etiam natura inducit rationem pietatis. In adoptiuo autem nihil nisi nudum patris nomen. Propter quam causam eleganter suo more Papin. de vtroque loquens ita scribit *pietas paterni nominis*, Vt ostendat sufficere quòd quis quomodolibet pater sit ad hoc ne tam facilè capiat consiliũ occidẽdæ filiæ quãuis in adulterio deprehẽsæ. Nec tamen perinde admittit sufficere quòd quis pater sit vt ius habeat occidendæ filię , nisi concurrat etiã illud vt eã habeat in potestate. Sed & quod magis mirari quis possit,ad illud idem ius patriæ potestatis referendum arbitror, quod patri simul cũ filia etiam adulterum

Aut.ingressi Cod. de sacros.eccles.

L. quod ait lex 23. l. nihil interest 32. ad leg. Iul.de adul.

L. Diuus 5. ad leg. Pop. de parricid.

L. patri 20. ad leg. Iul. de adul.

L. nec in ea 22.eod.

d.l.nihil interest 32.eo.

occidere non solùm permittitur, sed etiam imperatur. *d.l.nihil interest.* Nimirum ne quæstioni locus relinquatur an filiam suo iure, & tamen iusta de caussa occiderit pater, qui adulterum quoque cum ipsa occiderit. Vix enim est vt non credi debeat patri dicenti filiam à se in adulterio deprehensam fuisse, si adulter simul cum filia occisus proponatur. Alioqui quo iure posset pater occidere adulterum quem in potestate sua non haberet, si non id ei permitteretur in consequentiam eius patriæ potestatis quam patri in filiam exercere tam iusta ex caussa permittitur? Illud verò etiam mirum est, quòd cum hac in re lex Iulia nihil nisi ius patriæ potestatis spectauerit, auo tamen, qui neptem ex filio suo in potestate perinde habet acsi pater ipsius esset, non dedit ius neptis occidendæ licèt in adulterio deprehensæ *d.l.sic eueniet.* An quòd patris appellatione auus non contineatur in odiosis, vt vulgo creditur ex *l.lege Iulia 44.§.1. De rit.nupt.* Ratio certè bona esset si de illo tantùm quæreremus, Cur neptem occidere non liceat auo. Lex enim de solo patre locuta est vt iam diximus. Sed cùm nos de illo quæramus, Cur lex Iulia idem ius quod patri dedit non etiam dederit auo, qui perinde neptem habeat in potestate, ratio alia quærenda est. Nec enim sine ratione ac temerè ita factam conceptámque legem fuisse existimandum est. Illa verò videtur afferri posse, quòd verendum lex putauit ne in re tanti momenti & ad quam iustæ vindictæ stimulo & impetu natura feratur, nõ tã citò auus bonũ cõsiliũ caperet pro nepte vt ei parceret quã citò capere pater pro filia potest, siue quod lõgiùs vno gradu distet neptis ab auo quã à patre, ideóq; minus ab auo quã à patre diligi intelligatur (vt enim proximior quisque est ita & dilectior esse præsumitur *l.omnia 32.aliàs l.cùm ita §.in fid.de leg.2.l.heredes mei 57.§.vlt.De leg.1.*) siue quòd cũ neptis non nisi per mediã patris personam auo coniungatur, fieri facilè posset, vt in odium patris quem fortasse pater exosum haberet auus tanto inhumaniùs ferretur ad occidendam neptem, cui alioquin forsitan pepercisset: Vt & aliàs euenit plerumque in odium filij male meriti nepotem etiam innocentem exheredari *l.3.§.si emancipatus 5.D.de bonor.poss.contr.tabul.* Ex eiusdem iuris antiqui reliquiis illud etiam est quod si filium accuset pater apud magistratum cogitur magistratus eam dicere sententiam quam pater ipse dici voluerit *l.3.C.hoc tit.* Non idem ius habent matres *l.4.eod.*

d.l.sic eueniet.

L.lege Iulia 44.§.1.De rit.nupt.

L.3.§.si emãcipatus 5.de bon.pos cõt. tab.l.3.& 4. C.hoc tit.

ILLATIO I.

De potestate aui paterni in nepotes ex iustis filij nuptijs susceptos.

EX hoc Principio illud fit, vt quamuis verum sit quod superiore Principio diximus, In patris potestate esse liberos omnes ex iustis nuptiis procreatos, si tamen idem sit & filiusfamilias & pater, non possit ille quandiu in patris sui potestate est habere liberos in sua potestate, nec similes sit *l.si maritus 7.C.eod.* An ergo in nullius erunt potestate? Immo verò in potestate aui vt iam diximus, quia cùm sequantur condicionem patris *l.cum legitimæ 19. De stat.homin.* fieri non potest vt non sint in eiusdem patrisfamilias potestate, in cuius etiam ipse pater est. Id enim est quod Iustin. *in hoc tit.* scribit. Non solùm eum qui ex te & vxore tua nascitur in potestate tua esse, sed etiam eum qui ex filio tuo eiúsque vxore nascitur, id est nepotem tuum & neptem, itémque pronepotem & proneptẽ ac cæteros deinceps. Cùm enim non eo minùs paterfa-

§.qui igitur hoc tit.

paterfamilias sis & maneas quòd filius tuus susceptis ex se liberis pater factus sit, imo tantò magis quantò ex ea causa maior & amplior familia tua est. Paterfamilias autem ille sit qui omnia quotquot in familia sua sunt capita in potestate habet *l. pronunciatio* 195. *§. familiæ De verb signific.* omnino consentaneũ est vt qui ex filio tuo nascuntur sint in tua potestate, cùm in eadem tua sint familia. Dices, Quomodo patriam potestatem in nepotes habere potest auus qui quod ad nepotes attinet, non pater, sed auus est? Aut cur nõ auitam potiùs hãc potestatẽ appellamus? Respõdeo, patriã dici quia nõ cõpetit auo tãquã auo, sed tanquam patri eius quem ex iustis nuptiis suscepit, licèt per consequentiam necessariam extendatur etiam ad nepotes in eiusdem familia, quamuis non ex ipso, sed ex ipsius filio susceptos, quòd illi vt diximus paternam familiã sequantur *d. §. familiæ* iunct. *l. pen. De agnos. & alend. liber.* nec possint esse in potestate aut nullius qui & patrem & auum habent, aut patris qui ipse non sit suæ potestatis. Vnde est quod in contrahendis nuptiis inter nepotẽ ex filio vno & neptem ex alio solius aui autoritas requiritur *l. 3. D. de rit. nupt.* Nisi demens, aut furiosus sit auus: quo casu patris autoritas necessaria est *l. si nepos* 9. *eod.* Etsi non desunt qui putent id intelligendum de illo casu quo nepotis pater sit præmortuus ne obstet *l. oratione* 16. *§. 1. eod.* De quo dicemus ad *tit. seq.*

Aui potestas in nepotes ex filio susceptos cur patria dicatur non auita.

L. 3. l. si nepos 9. D. de rit. nupt.

ILLATIO II.

Patriam potestatem cùm finitur in persona aui paterni incipere in persona filij.

SEcundò ex eodem Principio fit, vt quamuis filiusfamilias quandiu in patris sui potestate est liberos suos in sua potestate habere non possit, quemadmodum proximè diximus: ex quo tamen die incipit ille sui iuris esse, siue propter mortem patris, siue quòd alia causa interuenerit ex iis propter quas ius patriæ potestatis solui placuit, hoc ipso nãciscatur patriam in liberos suos potestatem *l. nepotes* 5. *D. de his qui sui vel alien. iur. sunt. & infr. Tit. quib. mod. ius patr. potest. soluit, in princip.* Quod enim hic pater viuo auo nõ habuit filios suos in potestate non ob aliud factum est quàm quòd ille ipse quandiu filiusfamilias fuit in aui fuerit potestate. Concurrentibus alioqui cæteris omnibus necessariis ad acquirendum in proprios liberos ius patriæ potestatis iusto scilicet matrimonio, & iure ciuitatis romanæ sine quo nec iustum matrimonium esse posset. Itaque sublato impedimento illo, id est finita patria potestate quæ auo in hunc patrem eundémque filium suum competebat reliquum est vt recidant nepotes in potestatem patris, quæ viuo auo non tam nulla quàm sopita videbatur.

L. nepotes 5. De his qui sui vel alie. iur. sunt.

ILLATIO III.

De amissione patriæ potestatis ex causa cuiuslibet seruitutis.

TErtiò ex eodem Principio fit vt qui seruus factus est siue pœnæ, siue hominis desinat habere liberos in potestate, quia suæ potestatis esse non potest quisquis seruus est *§. pœna seruus infr. quib. mod. ius patr. potest. soluit.* Etsi alia quoque huius iuris ratio adferri potest, Nẽpe quòd quisquis seruus fit, hoc ipso ciuis romanus esse desinat, vt diximus ad Princip. 1. *illat.* 7. *sup. eod.* Inde

§. pœna seruus Quib. mod. ius patr. potest. soluit.

namque fit vt illa etiam amittat omnia quæ propria sunt ciuium romanorũ, in quorũ numero est patria potestas. Eáque ratio est quam Iustinianus reddit in *§. cùm autem ill. tit. quib. mod. ius patr. potest. soluit.* Alia ratio est patris capti ab hostibus. Etsi enim reuera interim seruus ille est hostium, liberorum tamen quos in ciuitate reliquit status pendet, propter duplicem fictionem legis Corneliæ & postliminij, quarum illa facit, vt si pater hic captiuus apud hostes moriatur ex ipso instanti captiuitatis in ciuitate decessisse intelligatur, atque exinde ipsius liberi sui iuris facti fuisse: Hæc verò vt si in ciuitatem quandoque reuersus sit, nunquam captus fuisse sempérque in potestate sua & liberos & cætera omnia iura retinuisse retrofingatur *§. si ab hostibus infr. eo. tit. quib. mod. ius patr. potest. soluit.* vbi de vtraque ista fictione latiùs dicemus.

§. cùm autẽ eod. tit.

De patre capto ab hostibus.

§. si à hostibus eod.

ILLATIO IV.

Filiumfamilias nihil proprium habere posse.

QVartò ex eodem Principio fit vt filiusfamilias nihil proprium habere possit. Nam qui suus non est id est sui iuris, aut quod idem est suæ potestatis, suum ille nihil habere potest, vt de seruis dicebamus ad Princip. 3. *illat. 2. sup. tit. praced. ex §. item vobis 3. infr. per quas person. nob. acquir.* Est tamen hac in re differentia, nec parua, nec inelegans, quanquam à paucis obseruata inter filiosfamilias & seruos. Serui enim acquirunt dominis non solùm ignorantibus, sed etiam inuitis ex quacumque causa præterquam adeundæ hereditatis *l. etiam inuitis 32. De acquir. rer. dom. l. seruus vetante 62. D. de verb. obligat.* Filij verò familias licèt acquirant patribus etiam ignorantibus, ita vt ne vno quidem temporis momento consistat acquisitio in persona filij magis quàm in persona serui *l. placet 79. D. de acquir. hered. l. 1. in princip. D. si à parent. quis manum.* non tamen acquirunt inuitis, sed nolente patre sibi per filiumfamilias acquiri, stat & remanet acquisitio in filij persona quia filiusfamilias est acquisitionis capax non etiam seruus. Et ratio differentiæ est, quia filiifamilias persona est integra cùm habeat caput in ciuitate nec minùs ciuis romanus sit, quàm si paterfamilias esset. Constat enim ciuitas romana ex patribusfam. matribusfam. filiisfam. & filiabusfam. *l. nam ciuium 4. De his qui sui vel alien. iur. sunt.* Serui verò persona non est integra, quippe qui caput nullum habeat in ciuitate, & consequenter nullum statum, Vnde est quod filij cùm emancipantur capite minui & statum mutare dicuntur, non etiam serui cùm manumittuntur *l. 3. §. vlt. & l. 4. D. de capit. minut.* Inde etiam quod patrem rogatum de restituenda filio hereditate si eam suspectam dicat, potest cogere filius per prætorem vt adeat & restituat *l. cogi 16. §. si pater filio 11. ad SC. Trebell.* Non etiam seruus dominum nisi seruo cùm hereditate data sit libertas, siue directa, siue fideicommissaria *l. si res aliena 52. §. 1. cum l. seq. eod.* Inde denique quod hereditatem in qua seruus institutus fuit, si dominus eam sibi per seruum acquiri nolit, solus ille, id est etiam sine consensu factóve vllo serui repudiare & potest & debet: tanquam sibi soli delatam non etiam seruo qui incognitus est legibus ex quibus fit delatio hereditatis, At pater heredis instituti filij, si repudiet sine filio, non magis nocet filio, quàm filius noceret patri si solus & sine patre repudiaret *l. is qui heres 13. §. vlt. D. de acquir. hered.* Scilicet quoniã in filij persona nihil est quod impediat, ne per legẽ hereditas ei deferatur, licet delationis effectus qui in hereditatis acquisitione consistit *l. delata 151. De verb. signific.* per filium

§. item vobis Per quas person. nob. acquir.

L. etiam inuitis 32. De acquir. rer. domin. l. seruus vetante 62 De verb. obligat.

L. placet 79. de acq. hered. l. si à parent. quis manum. sit.

Differentia filiifamilias & serui.

L. nã ciuiũ 4. D. de his qui sui vel alien. iur. sunt.

L. 3. §. vl. & l. 4. De cap. minut.

L. cogi 16. §. si pater filio 11. ad SC. Trebell.

L. si res aliena 52. §. 1. cũ seq. eod.

L. is qui heres 13. §. vlt. De acquir. hered.

lium patri acquiratur. Porrò vnusquisque eam demum hereditatem, aut bonorum possessionem repudiare potest quæ sibi delata est non eam quæ alteri. Qui sensus est quamuis aliis verbis expressus §.1. *l.1.D. de success. edict.* iunct. *l.1.C. qui admitt. ad bon. poss. l.2.* D. *de repud. bonor. poss.* Quòd si quis harum omnium differentiarum rationem non ad diuersam seruorum & filiorumfamilias condicionem referre velit, sed ad differentiam dominicæ patriæque potestatis. Possit is non malè, vt puto, dicere, ius dominicæ potestatis in seruos iure gentium inductum fuisse non tam fauore dominorum quàm odio & in pœnam seruorum, quippe qui & hostes fuerint, priusquàm in bello victi & manu capti essent, vnde & serui & mancipia dici cœperunt, & post captiuitatem quoque parum ab hostibus distent. Odium igitur & pœna seruorũ facere debet, vt nulla prorsus ipsorũ ratio habeatur, ne tũ quidem cũ domini per eos sibi acquiri nolunt. At ius patriæ potestatis solo fauore patrũ cõparatum fuit, vt tanto facilius ciues ad iustas nuptias cõtrahendas inuitarentur, nõ etiam odio filiorum. Quid enim peccauit filius qui ex iusto patris matrimonio, & ex eiusdẽ patris voto sic volente Deo Opt. Max. sic faciente natura, sic deniq; imperãte quodãmodo republica bene natus est in ciuitate? Æquissimũ ergo fuit, ita ius constitui, vt patris in filium potestas in iis demũ nocere filio deberet, in quibus patri prodesse posset, nõ etiã in ceteris quorum ratione nihil penitus patris interesset. Hinc eleganter Marcianus in *l. Diuus* 5. *D. de leg. Pomp. de parricid.* patriã potestatem ait debere in pietate nõ etiã in atrocitate consistere, & Constantin. in *l. vlt. C. de sentent. pass. & restit.* nõ esse permittendum patri, vt ad corrumpendi atque effundendi patrimonij licentiã patria potestate abutatur. Hinc etiam Imp. Hadriani decretum à Papiniano relatum laudatúmq; in *l. Imperator* 50. *D. ad SC. Trebell.* contra patrem qui filio suo cùm sui iuris factus esset hereditatem restituere rogatus multa in fraudem fideicommissi fecisse probabatur. Nam, quia cautiones interponi non poterant inter patrem & filiumfamilias conseruata patria potestate, inquit Pap. damnum condicionis propter fraudem infligendum esse Imp. putauit, atque ita hereditatem filio restitui iussit, vt ne quid in ea quandiu filius eius viueret, iuris haberet pater. Ex quibus verbis obseruandũ est secundũ Papiniani sententiam nõ violari patriam potestatẽ si filius etiã inuito patre ipsóque adhuc viuente propriũ quidpiam habeat, violari tamen si agatur de contrahenda inter patrem & filium ex contractu obligatione. Non alia ratione quàm quia nihil vetat filiumfamilias saluo quoque iure patriæ potestatis capacẽ esse acquisitionis. Et ad hoc nimirũ respiciens Paulus in *§. fi. l. Æmilius* 38 *De minor.* monet id quod dicitur nõ solere filiisfa. succurri in his quę omisissent manẽtes in potestate tunc rectè dici cùm patri acquirere possunt. Vt intelligamus si patri acquirere nõ possint, puta quod sit ille incapax, ex aliqua causa, vel quòd nolit sibi per filiũ acquiri aliud esse dicẽdũ. Quod vtique ridiculè diceretur si nec sibi acquirere filius posset. Quid enim referret ad cõcedẽdã filio restitutionẽ quod patri acquirere nõ posset si nec sibi posset? Etsi nãq; Paulus eo loco loquitur de filio emãcipato, cõstat tamẽ verba illa *cùm patri acquirere possunt* referẽda esse ad tẽpus patriæ potestatis. Nihil enim acquiri patri per filium potest post emancipationem. Dices, Cur ergo non restituitur eo casu filius etiam ante emancipationem? Respondeo iuris propositionẽ quæ de emancipatione loquitur eam esse quæ negatiuè cõcepta est, id est quę denegat filio restitutionem etiam post emancipationẽ, Et ideo cùm procedat ea propositio in his demũ quę patri per filiũ

L. 1. De success. edict. l. 1. C. qui admit. ad bon. poss. l. 2. C. de repud. bon. possess.

De differentia patriæ & dominicæ potestatis.

L. Diuus 5. ad leg. Pom. de parricid. L. vlt. C. de senten. pass. L. imperator 50. ad SC. Trebell.

L. Æmilius 38. in fin. De minor.

acquiri possũt, apparet nõ potuisse tractari an filio dãda esset eo casu restitutio nisi præsupposita emancipatione. Cæterũ in contrario sensu affirmatiuo id est cùm dicimus restiui posse filiũ si quid omiserit in his quæ patri acquiri nõ potuerunt, nil necesse est vt ponamus filium esse emancipatum, cùm etiam quãdiu est in potestate sit capax acquisitionis & consequenter restitutionis obtinendæ ad acquirendum. Adde *l. cùm heres 52. D. de acquir. hered.* vbi filiusfam. acquirit sibi nõ patri furioso hereditatem sibi delatam. Dices id fieri ex beneuolentia Imperatoris. Fateor, sed dico beneuolentiam non in eo esse quod filiusfamilias factus sit capax acquisitionis, sed quod ei licet adire sine iussu patris hereditatem quæ patri ipsi acquiri posset & deberet si posset ille iubere adiri. Itaque fauetur filio in eo vt sit capax acquisitionis etiam priusquàm pater declarauerit an velit sibi per filium acquiri. Vnde illud etiam fit vt possit adire citra iussum patris, quia suo nõ patris & periculo & commodo adit, cùm pater ob furorem non possit iubere filio vt adeat. Rescripti autem æquitas illa fuit, quòd si pater furiosus non esset, nec tamen vellet eam hereditatem sibi per filiũ acquiri, posset filius eo quoque inuito sibi illam acquirere. Cur ergo patris furor impediet ne possit acquirere sibi, etiam ignorante patre quod ipsi patri acquirere nullomodo potest? Adde *l. 4. §. 1. de edend.* & quæ ibi scripsi in Ration. Sed de tota hac re videnda sunt quę pluribus scripsimus *lib. 7. Coniect. cap. 7. & iungenda quæ dicemus infr. ad Princip. 6. illat. 9.*

L. cùm heres 52. de acq. hered.

L. 4 § 1. D. de eden.

ii.

De testamenti factione filiofamilias denegata.

SVnt qui putent ex eodem Principio fieri, vt filiusfamilias testamentum facere no possit, neque heredem aliquem habere, aut ex testamento, aut ab intestato, præterquàm in peculio castrensi, vel quasi castrensi, si de eo testatus sit ex cõstitutionibus, quia non possit habere heredem qui bona nulla habeat *l. lex Cornelia 28. vers. nec efficitur D. de vulg. & pupill. substit.* Sed errant, quia ne tum quidem cum bona aliqua filiusfamilias habet in quibus nullum omnino sit ius patris vt in specie *d. l. Imperator 50. ad SC. Trebell.* testamenti tamẽ faciendi ius vllum habet. Ob idque Papin. in *d. l. imperator*, refert constitutum ab Hadriano vt pater qui fraudem fideicommisso fecerat nihil iuris haberet in ea pecunia, quandiu filius viueret, ne dubitaretur quin filio moriente saluũ esset ius patris, quod neque testamento filij, neque alia vlla ratione interuerti posset. Quod igitur is qui in patris potestate est testamentum facere non potest, ex eo solo proficiscitur quod testamenti faciendi ius & facultatẽ nemo habet, nisi à lege, lex autẽ de solo patrefamilias locuta est ad filiifamilias exclusionẽ, iis verbis *Paterfa. vti super suare legaßit ita ius esto l. verbis legis 120. De verb. sign.* De quo scripsimus latissimè ad Prin. 5. *sup. De iur. natur. gent. & ciuil.* Itaq; quãuis hodie filiusfamilias sit capax etiã inuito patre adquirendorum bonorũ omnium aduentitiorum, siue simpliciter ei delata sint & acquisita, siue quod magis est hac lege, vt ne quidem vsusfructus ad patrem pertineat, idque ex Iustiniani constitutionibus in *l. cùm oportet 6. & l. vlt. C. de bon. quæ liber.* Illud tamen ex iure vetere semper superest, vt non magis de his bonis quàm de cæteris testari possit, licet ex eiusdem Iustiniani *nouell. constit. 117. Vt lic. matr. & auiæ cap. 1.* inductum sit, vt de huiusmodi bonis aduentitiis, in quibus pater nõ habeat vsumfructum, possit disponere quomodo velit. Est enim id quantumlibet generale coarctandum ad eas dispositiones quæ fiant inter viuos de quibus solis tractari poterat, & dubitari, non etiam ad testamentarias, de quibus sem-

per ius certum fuit, testari scilicet filiofamilias non licere vt constat ex *l. pen.* C. *qui test. facer. poss.* ne quidem patre consentiente *l. tam is* 25. §. 1. *D. de mort. caus. donat.* vbi Marcianus scribit filiūfamilias non posse facere testamentum ne voluntate quidem patris, sed mortis causa donare posse patre permittente, Testamentum enim ne valere possit obstat autoritas legis quæ in confirmandis testamentariis hereditatibus de solo patrefamilias vt dixi locuta est. Donationē verò, siue inter viuos, siue mortis causa factam (nihil enim refert, quamuis locus ille tractet duntaxat de donatione causa mortis, quòd maiorē ea dubitationē habere videretur, tanquam quæ ad vltimæ voluntatis testamentíque causam propiùs accederet) impedire duntaxat potest ius patris, cui sanè fiat iniuria si filio permittatur vt inscio patre donet. Quæ tamen ratio cessat, siue donanti filio pater consentiat, siue id quod à filio donatur tale sit in quo nihil iuris patrē habere voluerit is qui filio reliquit, qui casus est Iustinianeæ constitutionis, Postquam eadem cōstitutione inductū fuit, quod toti antiquę iurisprudētiæ fuerat inauditum, vt filiofamilias ea lege relinqui possit. Sed & in peculio castrensi cuius neque proprietatem neque vsumfructū ad patrē pertinuisse certum est, id tamen iuris semper fuisse cōstat, vt non satis fuerit imperatoribus constituere ne quid in eo iuris pater haberet, sed illud prętereà indulgeri specialiter oportuerit, vt de eo testari filiusfamilias liceret, & quidem eo colore quasi in eo peculij genere patrūfamilias iure censerētur. *l. 2. de SC. Mace.* Ne scilicet tanta vis fieret legi quæ non nisi patribusfamilias dederat eam facultatem. Qua de causa illud etiam placuit vt filiofamilias milite mortuo intestato peculium eius castrense ad patrem superstitem non hereditatis legitimę sed peculij iure pertinere *l. 2. D. de cast. pecul.* quia nimirū de filiifamilias militis legitima hereditate, nihil principalibus cōstitutionibus fuerat cautū, ob idq; manebat res in dispositione iuris communis, quod tale erat, vt filiusfamilias, quātūlibet miles legitimum heredem habere nullum posset. Obstāte videlicet iure patrię potestatis. Illd enim vtique fatendum est, solum ius patriæ potestatis facere ne filiusfamilias heredem aliquem habere possit, siue testamentariū siue legitimum. *l. 1. C. qui test. fac. poss. l. qui in potestate* 6. *D. eo.* At non ex ea parte qua impedit regulariter ne possit ille proprium quiquam habere (ne quis fortè hîc nos contraria scribere arbitretur) sed ex illa qua efficit ne filiusfamilias qui in patris aut aui potestate est dici paterfamilias possit. Lex enim 12. ta. non modò in confirmandis testamentis de patrefamilias tantùm locuta fuit, sed etiam in legitimis hereditatibus constituendis iis verbis *si suus heres non erit agnatus proximus familiam habeto*, cùm familiā habeant soli patresfamilias, non etiam filiifamilias, qui & paternam sequuntur & in paterna computātur *d. l. pronunciatio* 195. §. *familiæ De ver. sign.* Nisi quòd ex voto & destinatione parentū ad paternam familiam sic vocantur, vt etiā viuo patre quodāmodo rerū paternarum domini esse existimentur, Vnde & suorū heredum nomen acceperunt, quemadmodum eleganter Paulus tractat in *l. in suis* 11. *De liber. & posthum.*

L. pen. C. qui test. facer. poss.
L. tam is 25. §. 1. *D. de mort. caus. donat.*
Nouell. 117. *Vt lic matr. & auia* §. 1.
L. 2. de SC. Maced.
L. 2. D. de castrens pecul.
l. pronunciatio §. *familia de verb. signific.*
l. in suis 11. *De liber. & post.*

ILLATIO V.

De peculio profectitio, & de actione de peculio.

QVintò ex eodem supradicto Principio fit, vt peculium quod à patre filius habet licet etiam filij proprium quodammodo patrimonium dicatur,

L.3.§.sed vtrum D. de minor. l.1.l. si quis 44.D.de pecul. l. patri 27. D de minor. l. peculium 40.in fin.D. de pecul. l. 1. quand.de pecul. act. est annal.

ficut & peculium quod seruo concessum est, magis tamen filij quàm patris esse intelligatur *l.3.§.sed vtrum D.de minor.* Vnde fit vt ex contractibus filij de peculio initis, non solùm filius ipse obligetur in solidum, sed etiam pater de peculio teneatur *l.1.l.si quis 44.D.de pecul.* itémque vt inuito etiam filiofamilias minore, qui læsus fuerit in integrum possit pater pro filio restitutionem in integrum omnimodo postulare *l.patri 27.D.de minor.* Denique vt possit pater peculium pro arbitrio & ad nutum adimere, dum ne id faciat in fraudem peculiarium creditorum *l.peculium 40.in fin.De pecul.l.1.quand.de pecul. act.est annal.*

PRINCIPIVM IV.

De duorum simul in vnam eandémque personam potestate.

L. potestatis 215.D.verb. signific. l.si vt certo 5.§.si duobus vehiculum D.commod.l. quod contra 141. §. vni duo de reg.iur.

NEmo potest in duorum simul esse potestate, non magis quàm in dominio duorum, Etsi enim potestatis nomen cùm de filiisfamilias agitur, nō dominium significat, vt cùm de seruis, sed ius patrium à dominij iure prorsus distinctum *l.potestatis 215.De verb.signific.* quæ tamen ratio facit ne eiusdem serui aut alterius rei cuiuslibet duo in solidum domini esse possint *l.si vt certo 5.§.si duobus vehiculum D.commod.l.quod contra 141.§.vni duo De reg.iur.* eadē inducit ne possit idem homo aliáve vlla res in duorum simul esse potestate. Non solùm si ex duobus illis alius alium in sua potestate habeat, quo casu referenda res est ad Princip. præcedens in quo diximus fieri non posse, vt qui in aliena est potestate aliū habeat in sua, Sed etiam si ratio illa cesset, vtroque sui iuris existente. Ius enim potestatis cùm personę sit in personam, non potest non esse indiuiduum, sicut & persona ipsa est, & à qua, & in quam exercetur.

ILLATIO I.

De filiofamilias qui factus sit seruus.

§.cùm autē Quib. mod. ius patr. potest.soluit.

l. nam ciuiū 4. D. de his qui sui vel alien. iur. sunt.

EX hoc Principio illud primùm fit vt si filiusfamilias seruus effectus sit, siue pœnæ, siue hominis, desinat esse in patris sui potestate *§. cùm autem vers. pari ratione infr.quib.mod.ius patr.pot.soluit.* Alioquin esset simul & eodē tempore in duorum potestate. Quanquam potest eius iuris alia quoque ratio adferri eáque accommodatior, quam & Iustin. exprimit in *d.§.cùm autem*, quòd quisquis seruus fit desinat esse ciuis romanus. Ius autem patriæ potestatis proprium ius est romanorum, non ob id duntaxat quòd iis solis patribus cōuenit qui sint ciues romani, sed ob id quoque quòd non nisi in ciues romanos exercetur, cùm ciuium romanorum diuisio partim ex filiisfamilias constituatur *l. nam ciuium 4.D.de his qui sui vel alien.iur.sunt.* Vnde est quod si filiusfamilias deportetur, quamuis non idcirco seruus fiat, aut pœnæ, aut hominis, perinde tamen ius patriæ potestatis intercidat, quia non minùs amittit ciuitatē quàm si seruus factus esset, *d.vers. pari ratione.* Aliud est si filiusfamilias ab hostibus captus sit. Etsi namque interim verè seruus est hostium, ideóque cùm in eorū potestate sit, non potest patriæ potestati subiectus esse, quia tamē reuerti quādoque potest, & quandocunque in ciuitatem reuersus postliminij ius habere cuius fictione assequatur vt semper in ciuitate fuisse intelligatur, necesse est

medio

medio tempore sicut pendet eorum status, ita & in suspenso manere ius patriæ potestatis: Haud aliter quàm si pater ipse ab hostibus captus proponeretur *§. si ab hostibus infr. quib. mod. ius patr. potest. soluit.* De quo scripsimus Princip. *super. illat. 3.* *§. si ab hostibus Quib. mo. ius patr. potest. soluit.*

ILLATIO II.

De liberis adrogati transferendis in familiam adrogatoris.

SEcundò ex eodem Principio fit, vt adrogato patrefamilias liberi qui in eius erant potestate nepotes apud adrogatorem efficiantur, simúlque cum suo patre in eius recidant potestatem: Quod etsi nō similiter in adoptione cō tingit, quia nepotes ex eo in aui naturalis retinentur potestate *l. adrogato 40. De adopt.* Vtrumque tamen fit eadem ratione, vt priore casu non remaneant nepotes in patris sui, aut aui naturalis potestate cùm efficiuntur nepotes adrogatoris. Posteriore verò non in adrogatoris potestatem recidant, cùm remanent in aui naturalis potestate, scilicet ne alioquin eueniat quod euenire necesse esset, vt in duorum simul potestate essent, Quamquam & ad Principium superius referri vtrumque commodissimè potest, quòd alium in potestate sua habere non possit is qui ipse non est suæ potestatis. *L. adrogato 40. D. de adopt.*

ILLATIO III.

De testamentis aui & patris nunquam simul per eundem posthumum rumpendis.

TErtiò ex eodem Principio fit, vt si filiusfamilias miles testamentum fecerit, & prætererit, posthumū per errorem, nō quòd vellet eum exheredatum, idémque posthumus etiam ab auo militis patre præteritus sit, fieri tamē nequeat vt posthumus hic ab vtroque præteritus rumpat amborum simul testamenta, & aui & patris, sed alterutrius tantùm, Aui nimirum si nascatur post mortem aui qui superuixerit patri, Patris si nascatur post mortem patris qui superuixerit auo. *l. si filiusfamilias 33. vers. secundum quæ & vers. vlt. D. de testam. milit.* Nam cùm filius aut nepos præteritus non alia ratione nullum faciat, aut rumpat, siue patris, siue aui testamentū quàm iure sui heredis, suus autē heres nemo esse possit nisi qui sit in potestate *d. l. si filiusfamilias §. 1. l. si filius 7. l. penult. & antep. De lib. & post.* Apparet fieri non posse vt quis adnascatur duobus suus heres, non magis quàm vt in duorum simul sit potestate: quod & Baldus non insubtiliter notat ad *d. l. filiusfamilias in fin.* Aliud est si quæratur quamobrem nō possit auus & filium & nepotem ex eodem filio habere simul suos heredes. Non enim erit bona ratio si petatur ex iure patriæ potestatis, cùm auus hic & filium & simul cum filio nepotē æquè habeat in potestate, vt diximus Princip. *super. illat. 1.* Petenda igitur est ex eo quod suum heredem illum dicimus, qui non tantùm in potestate est, sed etiam in causa succedēdi primū gradū locúmque obtinet *d. l. si filiusfamilias, l. scripto 7 D. vnd. liber. l. si quis filio 6. D. de iniust. rupt.* Atqui fieri non potest, vt filius & nepos cùm sint diuersi gradus, parem in succedendi iure gradum obtineant, si quidem lex cuius potestas sola ea est quæ facit suum heredem, nunquam defert hereditatē diuersis gradibus simul, adeóque nec sequēti gradui post præcedentem, sed ei duntaxat gradui qui primus & proximus sit. Illa namque *L. si filiusfamilias 33. D. de testam. milit.* *L. scripto 7. vnd. libe. l. si quis filio 6. de iniust. rupt.*

De verbis illis legis 12. tab. si suus heres non erit.

verba legis duodecim tabularum *si suus heres nō erit* in singulari numero prolata non singularem sui heredis personam demonstrant (cùm nihil prohibeat plures eiusdem gradus suos heredes esse, quod euenit quoties moritur quis pluribus relictis liberis ex legitimo matrimonio susceptis, nec emancipatis) sed singularem vnicúmque gradum suorum heredum, Vt intelligamus nunquam legem pati vt suorum heredum plures sint gradus: Sicut & quod eadē lex ait *agnatus proximus familiam habeto*, non eum sensum habet, vt nullo suo herede existente legitima hereditas vni tantùm agnato deferatur, sed vt vni tātùm eiq; primo & proximo gradui agnationis, personis verò omnibus quotquot eodē gradu continētur, tanquam quæ hac parte vnius tantùm personæ vice fungantur *§. si plures 5. infr. De legit. agn. success. l. 1. §. pen. D. vnd. cognat. l. 2. §. hac heredi tas* D. *de suis & legit.* Indeque est, quod vt sæpius iā monuimus, neque in suis, neque in agnatis fuit olim successio *l. 1. §. sciendum eod. §. placebat Instit. de legit. agnat. success.* id est hereditas quæ primo gradui siue suorum heredum, siue agnatorum delata semel fuerat, eo gradu postea deficiente, nunquam ad sequentem gradum deuoluebatur, quasi consumpta per primam hereditatis delationem tota legis potestate. Quamquam inter suos & agnatos & semper fuit differentia, quod agnatorum plures gradus esse potuerunt, suorum verò non nisi vnus. Inde etiam quod nepos ab auo præteritus eo tempore quo filius viuebat, filio postea præmortuo dicitur testamentum rumpere succedendo scilicet in gradum locúmque sui heredis qui in primo gradu erat *d. l. si quis suo, l. Gallus 29. §. videndum & seq. De liber. & post.* quia prædefuncto eo qui primum tenebat gradū nepos in secūdo gradu cōstitutus subintrat locum patris non quod ad ius patriæ potestatis, nam viuo etiam patre iam in aui erat potestate, sed quod ad ius succedēdi, quoniam quisquis in primo gradu reperitur, siue iure naturæ, siue repræsentationis, ei demum tanquam suo hereditas per legem defertur. *§. cùm filius infr. de heredit. quæ ab intest. defer.*

De aliis verbis eiusdem legis agnatus proximus familiam habeto.

§. si plures de legit. ag. success. l. 1. §. pen. vnd. cogn l. 2. §. hac hereditas De suis & legit.

l. 1. §. sciendum eod. §. placebat Inst. de legit agnat. success.

l. Gallus 29. §. videndum & seq. De liber. & post.

§. cùm filius De heredit. quæ ab intest. defer.

ILLATIO IV.

De filio adoptiuo.

QVartò ex eodem Principio fit, vt quamuis per adoptionē redigatur quis in adoptiui patris potestatem perinde acsi ex iustis eius nuptiis natus esset, Iustinianus tamen cùm voluit constituere in *l. penult. C. de adop.* vt filiusfamilias à patre in adoptionem alteri datus non desinat esse in patris naturalis potestate, coactus fuerit eadem lege constituere, vt in patris adoptiui familiā & potestatem non trāsiret, nisi auo, vel proauo naturali nepos in adoptionem datus proponatur. Quia etsi à iuris ciuilis ratione omnino alienum illud est, tamē fuisset multò alienius inducere, vt filius hic & in patris naturalis potestate remaneret, & in adoptiui patris familiam ac potestatem transiret. Siquidem id manifestam implicaret contradictionem, nec tantùm iuris ciuilis, sed etiam naturæ regulas violaret.

L. penult. C. de adopt.

ILLATIO V.

De filia nupta transeunte in potestatem viri.

QVintò ex eodem Principio fit, vt quemadmodum iure ciuili filia licèt consentiente patre nupta, non transit in potestatem viri ob id solū quod nupta

nupta est, quia matrimonium siue filij siue filiæ non est ex iis modis quibus patriam potestatem solui placuit *l.1.§.vlt.De lib. exhib.* vbi est textus elegans, Ita è contrario apud eos populos quorum moribus receptum est vt filia sit in potestate viri, quomodo in plærisque Galliç prouinciis, induci necesse fuerit vt ea via exiret de patris potestate, matrimonio vices emancipationis subeunte, vt ex Boerio & Paponio notat Gothofr. ad *l.3.C.de emancip.lib.* Ne alioqui eueniret cõtra iuris & naturæ regulas vt in duorum simul potestate esset, patris & mariti. Quanquam hoc amplius est in Gallia, quod etiam filij per matrimonium patria liberantur potestate licèt non idcirco transeant in vxorum potestatem.

L.1.§.vlt. D. de liber. exhib.

PRINCIPIVM V.

De dignitate patriæ potestatis.

PAtria potestas inæstimabilis res est vt loquitur Mæcianus in *l. filiusfamilias 114.§.sed si liberos De legat.1.* Non ob id solùm, quòd per eam fiat vt patres in liberos habeant ius vitæ & necis (nam & dominica potestas idem iuris tribuit dominis in seruos, vt diximus titulo superiore, nec tamen vllo iuris loco inæstimabilis appellatur) Nec rursum propter commoda quæ patribus per liberos constitutos in potestate acquiruntur, omnia enim quantacunque sint suam habent æstimationem nisi quatenus incerta sunt pendéntque ex futuro euentu cuius certa æstimatio nulla per rerum naturam esse potest, Sed ob id maximè quòd ea potestas sit in caput ciuis romani, quo maius & excellentius nihil est quod dari possit legibus romanorum.

l.filiusfamilias 114.§. sed si liberos de legat.1.

ILLATIO I.

De non cogendo patre vt liberos suos emancipet.

EX hoc Principio illud fit, vt non possit cogi pater filiumfamilias emancipare, neque per filium ipsum quem habet in sua potestate *l. non potest filius 31.D. de adopt. neque per alium d.§.sed si liberos*, Nisi eam sibi necessitatem is ipse imposuerit, siue agnoscendo voluntatem eius à quo sub hac filij emancipandi lege aliquid acceperit, *l.si cui legatum 92.De condic.& demonstr.* Siue filiũ aut filiam ad turpia cogendo vt in *l.si patres lenones 12.C.de episcop.audient.* Siue qua alia ratione malè illos & contra paternam pietatem afficiendo. Nam & ex hac causa cogendum esse patrem vt liberos emancipet rescriptum & constitutum est à Troiano vt Papin. refert in *l.vlt.D.si à parent.quis manumiss.* Et meritò. Nam si dominorum quoque in seruos sæuitia eo vsque punitur vt seruum nimis malè habitum dominus vendere compellatur *l.2.D. de his qui sui vel alien.iur.sunt.* Quanto magis prouidendum liberis fuit qui & verè liberi, & ciues romani sunt, vt eos emancipare patres sæuientes cogerentur? Vtrumque enim fit vt ex eodem iuris nostri Principio, quòd publicè interfit ne quis re sua abutatur, vt diximus ad Princip. 4. *tit. præced.* In eóque animaduerti potest quanta & quàm inæstimabilis res sit patria potestas, Cùm homini qui in ciuis romani caput supra modum sæuierit non alia irrogetur pœna, quàm vt ea po-

L.non potest filius 31. D. de adopt. L.si cui legatum 92.De condic.& demonstr. L.si patres 12.C.de episcop audi. L.vlt. D.si à parent. quis manumiss.

testate carere cogatur. Adeò tamen ea priuatur vt nec manumissoris ius habeat in bonis defuncti filij quem emancipare coactus fuit. Id enim Traianus quoque constituit ex consilio Neratij Prisci & Aristonis *d.l vlt. propter necessitatem soluendæ pietatis* vt eleganter loquitur ibidem Papinianus: pietatis nomine intelligens patriam potestatem, quippe quæ non in atrocitate quomodo illa quæ dominorum est in seruos, sed in pietate consistat, aut saltem debeat consistere. *l. nec in ea 22. in fin. D ad leg. Iul. de adult. l. Diuus 5. D. de leg. Pomp. de parricid. l. 1. §. vlt. D. de liber. exhib.* Nec minùs eleganter Tertyll. in apologet Quod foris est regnum, id domi patria potestas, Quod foris tyrannis id domi dominium est, Vt non sine causa gratius sit nomen pietatis quàm potestatis, Ex quo etiam fit vt quamuis paterfamilias ille sit qui in domo dominiũ habet *l. pronunciatio 195. §. familiæ De verb. signific.* tamen potiùs patrem quàm dominum familias dici placuerit, vt bene Iacob. Cuiac. obseruauit ad *l. quidã 132. De verb. obligat.*

L. nec in ea 22. in fin. ad leg. Iul de adult. l. Diuus 5. ad le. Iul. de parricid.

ILLATIO II.

De filio ingrato reuocando in patriam potestatem.

SEcundò ex eodem Principio fit vt si filius à patre emancipatus ingratum se præstet, nõ alia ei durior pœna irrogetur quàm vt in patriam potestatẽ redigatur. scilicet per sententiam magistratus & proposita in eam rem ingrati accusatione rescissáque prius emancipatione *l. vnic. C. de ingrat. liber.* quomodo contingeret si libertus ingratus à patrono in seruitutem reuocaretur *l. 1. pe. & vlt. C. de libert & eor. liber.* Quasi nihil sit quod patria potestate maius patri dari possit, nihil tanti momenti quod filio possit adimi, quàm si mulctetur damno immeritæ libertatis, vt ait *d. l. vnic C. de ingrat. liber.* Quamquam hac etiam parte vt & in cæteris ferè omnibus melior condicio est ingratorum liberorum, quàm libertorum. Causæ namque ingratitudinis propter quas liberi in patriam potestatem reuocandi sunt, duæ tantùm proponuntur in *d. l. vnic. si parentes vel acerbitate conuicij vel cuiuscumque atrocis iniuriæ dolore pulsauerint.* Cùm tamen multò plures sint ex quibus ingrati liberti rediguntur in seruitutem, puta ob res patroni non administratas, tutelámve liberorum patroni recusatam *l. ingratus 19. D. de iur. patron.* Quid ergo si filius emancipatus patri egenti alimenta denegauerit? Constat sanè ex hac causa reuocari libertum in pristinam seruitutem *l. alimenta 6. §. 1. D. de agnosc. liber. l. vlt. C. de liber. & eor. liber.* Sed non putat Donellus *lib. 2. Comment. cap. 24.* idem in liberis obtinere, quasi casus hic ad neutrum pertineat eorum qui expressi sunt in *d. l. vnic.* multúmque intersit an factum sit quod fieri nõ debuit, an omissum quod fieri debuit *l. si cuius 13. aliàs l. si vsusfructus §. denique D. de vsufr.* Ego tamen contrà puto, quia multò grauius est egenti patri non subuenire filium, atque ita, quantum in se est facere vt fame pater pereat, quàm eum verbis & iniuriis quantumuis atrocibus lacessere. Neque video qua fronte possit filius dicere nihil se fecisse qui patrem necasse aut saltem necare voluisse videatur *arg. l necare 4. De agnosc. & alend liber.* cùm nihil intersit, an quis occidat, an mortis causam præbeat *l. nihil interest 15. D. ad leg. Cornel. de sicar.* Nec rursum cur in re tanti momenti melior debeat esse condicio patroni, quàm patris qui & patronus & pater est *arg. l. 1. §. vlt. D. si à parent. quis manum.* Quinimò etiam hodie filius-

L. vnic. C. de ingrat. liber.

L. 1. pen. & vlt. C. de libert. & eor. liber.

L. ingratus 19. D de iur. patron.

L. alimenta 6. §. 1. D. de agnosc. libe.

L. necare 4. D. de agnosc. & alend. liber.

L. nihil interest 15. D. ad leg. Cornel. de sicar.

L. 1. §. vlt. D. si à parent. quis manu.

filiusfamil.in eo casu extremæ inopiæ & egestatis paternæ per patrem vendi potest, vt dicemus Princip. *seq. illat. 2. ex l. vlt. C. de patrib. qui filios suos distrax.* Adde vetus illud prouerbium à Gothofr. relatum ad *l. 5. D. de lib. agnosc.* Filij aut parentes alant aut vinciantur. Nec sanè alimenta & subsidium vitæ minus quàm reuerentiam liberi parentibus debent *l. filia 5. C. hoc tit.* De patr. potest. Malè etiam meo iudicio idem Donellus *d. cap. 24. & cap. 20. eiusd. libr. versic. quæritur*, patriam potestatem ex filij delicto acquiri scribit. Non enim hoc casu tā acquiri quàm quæ priùs fuerat restitui dicenda est, cùm non redeat filius in potestatem patris, nisi priùs rescissa vt diximus emancipatione: quæ porrò vbi semel rescissa est, illud necessariò relinquitur, vt patri non aliud ius potestatis in filium competat quàm illud ipsum quod habuerat, antequàm filium emanciparet, id est quod ex iustis nuptiis fuerat acquisitum. Itaque ingratitudo filij hoc vnum efficit principaliter vt emancipatio quæ patriæ potestatis vinculū dissoluerat rescindatur, sed non dat patri ius patriæ potestatis, Quinimò nec illud ei reddit nisi in consequentiam rescissæ vt dixi emancipationis. Et certè cùm patria potestas inæstimabilis res sit fieri non potest vt ex delicto filij acquiratur, siquidem delicta omnia quantumcumque grauia suas pœnas alias habent, quarum magnitudine tanquam iusto suo precio æstimantur. Itaque si ponas ex filio emancipato susceptum nepotem qui nunquam fuerit in aui sui potestate, quot & quantas voles iniurias naturali auo intulisse, Erit quidem pro admissi magnitudine puniendus, sed non ea pœna vt potestati aui quam expertus nunquam fuerit subiiciatur. Id enim nulla lege proditum est, neque verò prodi aut induci potuit, cùm patria potestas non solùm ei cui competit sed illis etiam personis in quas exercetur, & vtilis & honorifica esse existimetur. Quis enim prudens legislator eam delicto pœnam irrogare velit, ex qua condemnatus & commodum consequi possit & honorem? Siquidem hoc ipso quod patriæ potestati vel datur quis vel redditur, iura sui heredis aut nunc primū nanciscitur aut quæ per emancipationē amiserat, recuperat, vt postea dicemus. Dices, Cur ergo in gratis liberis pœna hæc constituta est vt in patriā potestatē redigātur? Respondeo, quia istis qui patria potestate liberati semel fuerunt per emancipationem, non potest honorificū esse vt in patriā potestatem reuertantur nisi id fiat per adoptionem *l. qui liberatus est 12. D. de adopt.* An ex natura patriæ potestatis quæ possit aliquo casu non esse vtilis & honorifica filio qui est in potestate? Minimè. Sed propter turpitudinem causæ, quæ facit vt filius post emancipationem redigatur in patriam potestatem. Causa enim alia non est, quàm filij ingratitudo, qua quid turpius, quid fœdius? Patria potestas ob eam causam patri restituta, eius ingratitudinis manifesta nota est. Ergo & filio inhonesta. Nec idcirco tamen inutilis, quia quod filius fuerit ingratus qui ob eam causam in patris potestatem reuertitur, non impedit quominùs patri suus heres fiat, & consequenter sui heredis commoda quæ non pauca sunt consequatur: Sed non putat ciuilis legislator vtile dici posse quod non sit honestum, ideóque non dubitat eam filio ingrato pœnam infligere vt illum reuocet in patriam potestatem, quasi nullam ex ea pœna vtilitatem sensurus sit qui nullam sentire possit, nisi quæ cum infamia sit coniuncta. Alia causa est filijfamilias qui propter delictū suū deportatus, atque ita patria potestate liberatus, postea ex indulgētia Principis restitutus est. Hic enim nō reuertitur in patriā potestatē nisi hūc quoq; honorē specialiter impetrauerit *l. in insulam*

L. vlt. C. de patrib. qui filios suos distrax.

L. filia 5. C. hoc tit.

L. qui liberatus est 12. D. de adopt.

L. in insulā 6. l. si pater 9. C. de sent. pass.

6.C.*de sent.pass.* sicut nec pater deportatus posteàque restitutus recipiendo iura sua omnia recipit tamen patriam potestatem, nisi hoc quoque specialiter impetrauerit *l.si pater* 9.§.*eod.* ex quorum locorum coniunctione non ineleganter probatur patriam potestatem & patri & filio honori esse intelligi non oneri.

ILLAT. III.

De non cogendo filio, vt redigatur in patriam potestatem citra ingratitudinem.

TErtiò ex eodem Principio fit vt extra supradictam ingratitudinis causam non possit cogi filius, siue naturalis, siue emancipatus vt redigatur in patriam potestatem *l.vlt.De his qui sui vel alien. iur. sunt.* Non enim fieri potest, vt patria potestas sit res inæstimabilis ex parte patris, quin ex parte filij sit etiam quid inæstimabile patria potestate liberatum esse. Vel idcirco quòd licèt patria potestas non faciat ex filiisfamilias seruos, negari tamen non potest quin ius libertatis filij multùm imminuat, cùm ex ea causa filiusfam. non sui, sed alieni iuris esse dicatur, adeóque liber fieri cum emancipatur *l.si filius* 8.D. *de probat.* & è cõtrario immeritæ libertatis damno affici cùm reuocatur in patriam potestatem *l.vnic.C.de ingrat.liber.* libertas autem res per se inæstimabilis *l.libertas* 106.*l.non est singulis* 176.§.1. *De reg.iur.* tantò inæstimabilior est quanto plenior. Obserua tamen, quod de filio naturali scriptum est in *d.l. vltim.* non de eo accipiendum esse qui natus sit ex concubina, vt vulgo creditur (naturalium enim liberorum nomen hoc sensu fuit incognitum prudentibus nostris, quotquot Constantini tempora præcesserunt vt Iustin. testatur *Nouell.* 89.*quib mod.natur.effic.legit.* & nos pluribus dicemus ad *tit. seq.Princip.*2.) sed de illo qui natus sit in seruitute ex contubernio, quo nomine vocabantur coniunctiones seruorum cùm matrimonia dici non possent. *l. Lucius Titius* 88.§.*Dama & Pamphilo in fin.De legat.* 2. Nam si verum est, vt est quod secundo huius tituli principio dicemus, Eos demum liberos in patria esse potestate qui ex iustis nuptiis procreati sunt, prorsus consequens fit vt qui in seruitute nati sunt, sicut ex iustis nuptiis quæ inter seruos nullæ sunt nati esse nequeunt, ita nec in patrum potestate esse possint, quia nuptias non natura facit, sed consensus iustus, id est legibus & iure comprobatus. Idque est quod Vlpian. ait in *l.vlt. D.de adopt.* in seruitute mea quæsitum filium in potestatem meam redigi posse beneficio principis, tametsi non eo minùs maneat libertinus. Planè dubitandum non est quin idem iuris obtineat in iis quoque liberis quos hodie naturales appellamus, id est qui ex concubina suscepti sunt, vt nimirum inuiti non redigantur in patriam potestatem per legitimationem. Id enim nominatim constituit Iustinian. *d. Nouell.* 89.*quib.mod.natur.effic.legit.cap.*11. §.*generaliter autem.*

L.vl.De his qui sui vel alien. iur. sunt.

L.Lucius Titius 88. §. Dama & Paphilo in fin.de leg. 2.

L.vlt.D. de adop.

Nouell. 89. quib. mod. natur. effic. legit.cap. 11. §. generaliter autem.

PRIN-

PRINCIPIVM VI.

De persona filijfamilias integra.

IVs patriæ potestatis licèt faciat vt filiusfamilias non sit sui iuris sed alieni, facere tamen non potest ne filijfamilias persona sit integra perinde acsi sui iuris esset. Non enim sunt ista contraria, Filiumfamilias sui iuris non esse, Et eum tamen integram personam habere, siquidem aliud est de persona quærere, aliud de iure personæ. Dicimus filiumfamilias non esse sui iuris quia perinde est in aliena potestate, atque seruus. Personam tamen ipsius integram esse asserimus, vt demonstremus in quo filiusfamilias differat à seruo. Serui namque persona integra esse non potest cùm in ciuitate caput non habeat, non magis quàm si in rerum natura non esset, Nec proinde statum. Quomodo enim stare is potest qui caput non habet? Vnde est quod cùm manumittitur nec capite minui dicitur, nec statum mutare *l.3.§.vlt.cum l.seq.* D.*de capit.min.* *§.seruus autem infr. De capit.diminut.* Denique ob eam causam pro nullo habetur iure ciuili *l.quod attinet 32. De regul.iur.* id est non tam pro mortuo, quàm pro nec nato. At de filiofamilias dubitari non potest quin caput habeat in ciuitate, nec proinde quin personam habeat integram cùm sit ciuis romanus. Iam enim sæpius diximus ciuium romanorum summam esse illam diuisionem vt sint vel patresfamilias vel matresfamilias, vel filijfamilias, vel filiæfamilias. *l.nam ciuium 4. De his qui sui vel alien.iur.sunt.* Quis verò putet fieri potuisse vt ciuilis legislator præsertim romanus ciuitatem suam constitui constaréque pateretur ex ijs personis quæ integræ dici non possent? Itaque minui capite dicitur filiusfamilias cùm emancipatur, non ob id quòd patria potestate liberetur, sed quia non poterat olim fieri emancipatio, nisi per trinam imaginariam venditionem, Vt dicemus ad *tit. Quib.mod.ius patr.potest.soluit.* atque ita euenire necesse erat vt filiusfamilias priusquam patria potestate liberatus esset, fieret seruus: & consequenter minueretur eo capite quod anteà filiusfamilias manens in ciuitate habuisset.

L.3.§.vlt. l. 4. De capti. minut. §. seruus autem infr. eod. ill. tit.

L.quod attinet 32. de re. iur.

L.nam ciuium 4. De his qui sui vel alien. iur. sunt.

ILLATIO I.

Filiumfamilias non esse in dominio patris.

EX hoc Principio illud primùm fit vt filiusfamilias in patris dominio nō sit, sed tantùm in patris potestate in quo præcipuè differt à seruo *l. potestatis 215. De verb. signific.* Nam qui in alterius dominio est, caput in ciuitate habere non potest, Adeò vt nec patresfamilias si ab hostibus capti sint, & quandiu in ea condicione sunt caput in ciuitate habere intelligantur, Non alia de causa quàm quòd interim verè sint serui hostium, quamuis propter fictionem postliminij quæ durat quandiu in ciuitatem reuerti possunt, omnia ipsorum iura in suspenso remanere potiùs quàm in totum abrupta esse existimentur, Vt dicemus ad *§. si ab hostibus infr. Quib. mod. ius patr. potest. soluit.*

L.potestatis 215. de verb. signific.

ILLATIO II.

De prohibita parentibus distractione filiorum.

SEcundò ex eodem Principio fit, vt non licut serui, ita & filijfamilias vendi aut alij mancipari, aut noxæ dedi possint, quia liberi hominis hoc est integram personam habentis adeò que ciuis romani neque venditio valet, neque aliud licitum commercium vllum est *l. sed Celsus* 6. *D. de contrah. emptio. l.* 1. §. *si id quod D de obligatio. & actio. l. liber homo* 103. *De verborum obligat.* vbi additur nec hominis liberi æstimationem præstari posse, quia nempe nulla est. Neque verò hac in re plus iuris vnquam patres habuerunt prætextu patriæ potestatis, non magis quàm prætextu ignorantiæ *l.* 1. *C. de patrib. qui filios suos distrax.* idque non tam propter publicam honestatem, legisve prohibitionem, vt quidam putant, quàm defectu potestatis, & iuris, quia nullũ ius habet pater vendendi filium quem neque in dominio, neque in bonis suis habet, cùm sit multò difficilius facere vt alius qui pater non sit habeat in dominio, vel in bonis suis eum quem pater ipse non habeat. Ex regula *l. nemo plus iuris* 54. *De regul. iur.* At inquies, Cur non illud saltem patri permittitur vt patriam potestatem quam reuera habet, vel distrahat, vel oppignoret, vel alio modo alienet? Nimirum quia ius patriæ potestatis merè personale est, nec minùs inseparabile à persona cui ex iustis nuptiis quæsitum fuit, quàm nomen ipsum patris ex quo & patria potestas nuncupatur. Patrem enim temporalem non magis ius nostrum agnoscit quàm natura *l. quæsitum* 34. *D. de adopt.* Vnus tamen casus est, quo patrifamilias permissa filij venditio est, & consequenter multò magis oppigneratio. Is est ex lege Constantini, Si quis propter nimiam paupertatem egestatémque victus causa vendiderit filium filiámve sanguinolentos, id est recèns natos (vix enim est vt alios ætate grandiores velit quis inuitos comparare aut pignori accipere) Placuit namque Constantino in *l.* 2. *C de patrib. qui filios suos distrax.* hoc tantummodo casu valere venditionem, sed hactenus vt oppignerationis potiùs quàm venditionis iure censeatur, hoc est vt emptor quidem obtinendi eius seruitij habeat facultatem, sed liceat ipsi qui vendidit, itémque ei qui alienatus est adeóque cuilibet alij eum repetere ad propriam ingenuitatem, dummodo precium offeratur, id est quanti valeret si seruus esset, aut aliud mancipium eiusdem æstimationis. Errant tamen meo iudicio, qui ad hunc tractatũ De filiis à patre non oppignorandis pertinere putant, quod scriptum est in *l. ob æs alienum* 11. *C. de obligat. & action.* ob æs alienum seruire liberos creditoribus compelli non posse. Liberos enim homines eo loco, non filios intelligere debemus. Nam & Iustin. *constit. nouell.* 134. *Vt nulli iudic. cap.* 7. §. *quia verò* vnde sumpta est *auth. immò à debito d. tit. C. de oblig. & act.* etsi prohibet ne pro paterno debito filius pignori capi, aut retineri possit, non tamen patribus id prohibet sed creditoribus, irrogata etiam iis qui contrà fecerint pœna, patribus ipsis exsoluenda: Et huiusmodi prohibitionis causam pœnæque hoc nomine constitutæ non ex alio petit Iustinianus, quàm ex eo quod non sit ferendum vt personam liberam pro debito liceat cuiquam vel retinere vel locare, vel pignorare. Irnerium qui Authenticas istas contexuit fefellerunt prima illa legis verba *Ob æs alienum* quæ ille sic accepit acsi de alieno debito puta paterno intelligi deberent, Cùm tamen ad proprium ipsius debitoris debitum referantur: quod in libris nostris passim æs alienũ ideo appellatur, quoniã pecunia quæ debetur, nõ tã debitoris est quã creditoris, si effectũ respicias & eã quæ imminet soluẽdi necessitatẽ, quãuis interim

L. sed Celsus 6 de contr. empt. l. 1. § si id quod de oblig. & act. l. liber homo 103. de ver. oblig.

L. 1 C. de patrib. qui filios suos distrax.

L. quæsitum 34. D. de adopt.

L. 2. C. de patrib. qui fil. distrax.

L. ob æs alienum 11. C. de oblig. & act.

Nouell. 134. Vt null. iud. c. 7. § quia verò. Auth. immò à debito C. de oblig. & action.

terim,id est quãdiu solutio nõ fit,pecunia quæ debetur reuera sit debitoris nõ creditoris *l.1.D.de lib.legat.* Alioqui nec soluẽdo liberaretur debitor si alienã pecuniã solueret non suã. Dicimus tamen pecuniã debitã videri esse creditoris nõ debitoris,quoniã qui actionẽ habet ad rẽ cõsequẽdã ipsam rẽ habere videtur,& è contrario nemo videtur id habere quod alij cogatur soluere. Deniq; tumetiam cùm plenissimum erat ius patriæ potestatis, ita vt vitam quoque filiofamilias adimere pater posset, nunquam tamen patribus fuit permissum vt liberis suis vlla ex causa aufferrent libertatem *l. vlt. C. de patr. potest.* quam tamen certum fuisset per venditionem ademptum iri si filijsfamilias venditio illo casu valuisset.

ILLATIO III.

De ijs quæ ad ius publicum spectant in quibus filiusfamilias non sequitur ius potestatis.

TErtiò ex eodem Principio fit,vt in iis quæ ad publicũ ius spectant filiusfamilias non sequatur ius patriæ potestatis *l.nam quod* 14.D.*ad S C.Trebel.* sed pro patrefamilias habeatur *l.filiusfamilias* 9.*De his qui sui vel alie.iur sunt.* Nec solùm si cum alio quàm cum patre rem habeat, sed etsi cum ipso patre, Puta si pater ab aliquo heres institutus & de hereditate alteri restituenda rogatus suspectam dicat & cogendus sit vt adeat postulante fideicommissario,& imperio prætoris cuius propria iurisdictio & cognitio de fideicommissis fuit, qui ob eam causam fideicommissarius vocabatur. Nam si filiusfamilias talis prætor sit,perinde patrem cogere poterit, atque alius prætor quilibet alium priuatum quemlibet *l.ille à quo* 13.§.*vlt.ad SC.Trebell.* Sed & in priuata causa patris iudex esse potest *l.in priuatis* 77.D.*de iudic.quia vt subiicitur in l.seq.* iudicare munus publicum est. Etsi enim patria potestas facit vt filiusfamilias in patris potestate sit,tamen non impedit quominus sit ille etiam multóque magis in patriæ potestate,cuius causam patriæ potestatis iure idcirco antiquiorẽ esse conuenit *l.honor* 14.§.*plebeij* D.*de muner.& honor.*iunct. *l.postliminium* 19.§.*filius quoque* D.*de capt.& postlim.reuers.* Sicut enim per patriam iuráque ciuitatis fit vt possit quis iustos ac legitimos liberos suscipere iustas nuptias cõtrahendo,ita de vnoquoque ciue sic sentire æquum est,vt & priùs & magis rei publicæ quàm parentibus suis natus esse videatur *l.1.§.& generaliter* 15. D.*de ventr.in poss.mitt.*vt scripsimus ad Princip.5.*sup.tit.1.De instit.& iur.*

L.namquod 14.D.ad SC.Trebell. L.filiusfamilias 9. De his qui sui vel alien. iur.sunt.

L. ille à quo 13.§.vlt. ad SC.Trebell. L. in priuatis 77.& se. D.de iudic. L. honor 14. §.plebeij de muner.& honor.l. postliminiũ 19. §.filius quoque De cap.& postlim. l.1.§.& generaliter D. de ventr. in poss.mitt.

ILLATIO IV.

De filijsfamilias capacitate in honoribus & dignitatibus obeundis etiam inuito patre.

QVartò ex eodem Principio,eadémque causa fit vt filiusfamilias omnium honorum,munerum,& dignitatum perinde particeps & capax sit, atque paterfamilias quilibet,nec solùm ignorante, sed etiam quod magis est inuito patre.*l.si filiusfamilias* 3.*C.ne filius pro patre.l.filios* 5.*C.de decur.lib.*10.*tit.*31. Quod vtique non ita esset si filiusfamilias integram personam non haberet. Quomodo enim caput ciuitatis esse posset in supremo magistratu constitutus filiusfamilias,si nullum ipse haberet caput? Aut quomodo per filiumfamilias magistratum integra conseruari posset ciuitas, si personam ipse integram non haberet? Nam & inde fit vt seruus è contrario incapax sit munerum omnium & honorum.*l.3.D.de offic.prætor.l.non mutant* 11.*l.non idcirco* 38.*C.de liber.caus.* nimirum quia cùm caput non habeat integram personam

L.si filiusfamilias 3 C. l ius pro patr.l.filios 5.C.de dec. L.3.de offic. prætor.l.non mutant 11.l. non idcirco 38.C.de lib. caus.

habere non potest: Adeò vt nec ad vllos actus ciuiles adhibeatur. *l. qui testamento* 20. §. *seruus* D. *qui test. fac. poss. l generali* 3. C. *de tabul. lib.* 10. *tit.* 69.

ILLATIO V.

De filijsfamilias tanquam patrisfamilias obligatione, ex omnibus causis.

L. filiusfamilias 39. *De oblig. & action.* *L. tam ex contractibus* 57. *D. de iudic.*

QVintò ex eodem Principio fit vt filiusfamilias ex omnibus causis tanquã paterfamilias obligetur *l. filiusfamilias ex omnibus causis* 39. D. *de oblig. & act.* vbi Caius ex hoc infert, Agi cum eo tanquam cum patrefamilias idcirco posse. Ex omnibus, inquam causis, id est tam ex contractibus quàm ex delictis, vt Vlp. interpretatur in *l. tam ex contractibus* 57. D. *de iudic.* sub qua diuisione obligationes eas quoque contineri accipiendum est, quæ vel ex quasi contractu vel ex quasi delicto proficiscuntur: quæ quatuor summa sunt genera obligationum contrahendarum, Vt dicemus *infr. ad tit. De obligat.* Obseruandum tamen est, quod addit Vlp. *in d. l. tam ex contractibus*, Mortuo filio post litis cõtestationem transferri iudicium in patrem dũtaxat de peculio, & quod in rem eius versũ est, quãuis filius ipse dũ viueret in solidũ teneretur *l. si quis cũ filiofamilias* 44. D. *de pec.* nẽpe quia filiusfamilias extra causã castrẽsis peculij de quo fuerit testatus neque patrem neque aliũ heredem vllum habere potest. Dices, Quid ergo attinet quærere an filiusfamilias ante vel post litis contestationem decesserit? Non enim alius hac parte potest effectus esse contestationis quàm vt actio contestata etiam pœnalis transeat in solidum contra heredem *l. vnic. C. ex delict. defunct. l. constitutionibus* 33. *D. de oblig. & act. §. pœnales infr. De perp. & temp. act.* De peculio autem & de in rem verso vtique pater teneretur etiam filiofamilias ante contestationem defuncto, quin etiam eo viuo *d. l. si quis cum. & tot. tit. De pecul. & De in rem vers.* Respondeo aliud esse teneri patrem de peculio, Aliud verò actionem in solidum institutam contra filium post filij mortem transferri in patrem ad finem vsque peculij. Potest enim creditoris multum interesse vt actionem iam institutam & in qua iam factæ sint fortasse probationes persequatur potiùs quàm vt instituat nouam: Vel ob hoc ipsum ne & temporis & sumptuum in priorem litem impensorum iacturam incurrat, quod eueniret si mortua cum filiofamilias priore lite, quæ cõtra eum fuerat instituta, nouam aduersus patrem instituere ac inchoare cogeretur. In seruis quia neque caput neque integram personam habent, omnia sunt diuersa. Neque enim ex contractu ciuiliter obligari aut obligare possunt, sed naturaliter tantùm & obligant & obligantur, *l. serui* 14. D. *de oblig. & act. l. in personam* 22. *De reg. iur. l. nec seruus* 41. D. *de pecul.* ideóque nec cum seruis vlla actio esse potest *l. cum seruo* 107. *De reg. iur.* Planè obligantur ex delictis, adeò vt quãuis manumissi sint nihilominus remaneant obligati. *d. l. serui.* An quòd noxa caput sequatur? Ita est. *l. 1. in fi. D. de priuat. delict. l. 1. C. de noxal. act. l. licèt* 4. *C. an seruus ex suo fact.* Atqui diximus, seruum caput non habere. Hoc quoque verum est quandiu seruus manet, & ideo quandiu seruus est, non magis criminali quàm ciuili actione conueniri potest. Nulla enim cum seruo actio est *d. l. cum seruo*, id est neque ciuilis, neque criminalis, neque publica, neque priuata. Sed ex quo habere caput incipit, id est ex quo liber factus est, incipit teneri, & posse conueniri ex eo delicto quod in seruitute admiserit *l. seruus non in omnibus* 20. *De oblig. & act.* quamuis eo manente in seruitute non nisi contra ipsius dominum quasi qui caput eius esset, noxalis actio dari deberet *l. qui ex pluribus* 20. D.

L. si quis cũ filiofamilias 44. *D. de pecul.*

L. serui 14. *De oblig. & action.* *l. in personã* 22. *de re. iu.* *l. nec seruus* 41. *D. de pecul.* *l. cum seruo De reg. iur.* *l. seruus non in omnibus* 20 *De oblig. & act.* *l. qui ex pluribus* 20. *De*

20. *D. de noxal. act. l. quod dicitur* 18. *D. de furt.* & *apertius in l. si cùm quis* 41. *§. quandiu eod.* *noxal. act. l. quod dicitur 18. l. cùm quis 41. §. quandiu De furt.*

ILLATIO VI.

De filiofamilias constituto procuratore siue ad negotia siue ad iudicia.

SExtò ex eodem Principio fit vt filiusfamilias constitui procurator possit non tantùm ad negotia, quod faciliùs admittitur, sed etiam ad iudicia, quia cùm suo nomine iudicium accipere possit, multò magis potest alieno, licèt fallat ea regula in militibus ne offendatur disciplina *l. qui stipendia* 9. *l. ita demum* 13. *C. de procurat.* & in fœminis propter verecundiam sexus muliebris, publicámque honestatem *l.* 4. *alienam* 18. *eod.* Inde est quod Vlp. scribit in *d. l. tam ex contractibus* 57. *ver. certè D. de iudic.* si filiusfamilias quasi procurator alicuius iudicium acceperit, mortuo eo in illum quem defenderit transire actionem vel iudicati dari, Scilicet in solidum, Ad differentiam patris quem ante dixerat mortuo filio etiam post litem contestatam non teneri in solidum ex iudicij translatione, sed de peculio tantum & de in rem verso. Lego autem in *d. l. tam ex contractibus in fi. transit actio* pro eo quod vulgò legitur corruptissimè, nullóque prorsus sensu *transactio*, nisi malis legere *transfertur actio*, quomodo ante nos clarissimus & celeberrimus Iureconsultus Petrus Faber Tolosani Senatus lumen magnum felicissimè vt & alia quàm plura emendauit. De quo tamen scribemus latiùs in Rationalibus nostris ad eum locum. Multóque magis potest filiusfamilias constituere procuratorem, nec solùm si castrense peculium habeat, sed & quiuis filiusfamilias *l. filiusfamilias* 8. *D. de procurat.* Seruus è contrario neque procuratorem constituere potest, nisi in rebus ad peculiarem causam pertinentibus *l. seruum quoque* 33. *eod.* neque procurator ipse vllomodo constitui nec magis ad negotia quàm ad iudicia, Propter quam causam fuit constitutum vt minori annis viginti procuratoris habendi gratia vnum ex seruis suis manumittere liceret, dum ne minorem annis decem & septem. *l. si collactaneus* 13. *D. de manum. vindict.* Etsi non ignoro Bartolum, & post eum vulgus interpretum nostrorum in ea esse hæresi vt putent seruum quoque procuratorem ad negotia constitui posse ex *d. l. seruum quoque*, quæ tamen de seruo est non procuratore constituto, sed procuratorem constituente, vt iam attigimus & monuimus ad Princip. 7. *illat.* 14. *sup. quib. ex caus. manum. non licet.*

d. l. Tam ex contractibus 57. vers. certè de iud.

L. filiusfamilias 8. de procurat.

L. seruum quoque 33. eod.

L. si collactaneus 13. D. de manum. vindict.

ILLATIO VII.

De actionibus filiofamilias competentibus proprio nomine.

SEptimò ex eodem Principio fit, vt filiusfamilias suo nomine multas habeat actiones vt puta iniuriarum *l. sed si vnius* 17. *§. ait prætor* 10. & *§. quod deinde* 18. *D. de iniur.* Scilicet si pater absit nec alius sit qui patris nomine experiri possit *d. §. ait prætor d. §. quod deinde. l. si longius* 18. *§. si filiusfamilias D. de iudic. l. si libertus* 12. *De in ius vocand.* Patrem enim tanquam digniorem præferri conuenit cùm & suo nomine agat, & ad suam vtilitatem *arg. l. quæ omnia* 25. *vers. cæterum l. procuratore* 55. *D. de procurat.* nec æquum sit eum qui soli filio iniuriam fecerit, & patri & filio ex ea causa condemnari. Quod vi aut clam. *l. denique* 13. *§.* 1. *l. interdictum* 19. *D. quod vi aut clam.* Depositi *l. Iulianus* 19. *D. depos.* Commodati *l. filiusfamilias* 9. *D. de obli.* & *act. l.* 3. *§. si filiofamilias D. commodat.*

L. filiusfamilias 9. De obli. & act.

L. denique 13. §. 1. item aut D. quod vi aut clá.

aream de solut. inducere potest restitutionem, aut vt cum nostris loquar natiuitatem eius actionis quæ nec hodie competeret, quamuis idem homo mansisset.

ILLATIO IX.

De acquisitionis capacitate in persona filiifamilias.

NOnò ex eodem Principio fit, vt filiusfamilias sit capax acquisitionis, siue pater nolit sibi acquiri vt in specie *l. cogi 16. §. si pater D. ad SC. Treb. l. is qui heres 13. §. vlt. D. de acq. hered.* siue indignũ se præbeat cui per filium acquiratur, vt in singulari illa specie *l. imperator 50. D. ad SC. Treb.* Itaque nusquam scriptum reperias acquiri per filiũ patri etiã inuito, quomodo scriptũ est acquiri domino per seruum *l. etiã inuitis 32. D. de ac. rer. domin. l. seruus vetãte 62. De verb. oblig.* Planè etiã ignorãti patri per filiũ, sicut & domino per seruũ acquiri certum est. Sed longè diuersa ista sunt Acquirere ignorãti, & Acquirere inuito. Acquirit ignoranti etiam qui sibi posset acquirere alio nolente sibi acquiri. At inuito acquirit is demum cuius persona est omnimodo incapax acquisitionis. Errant igitur egregiè qui putant nullam olim hac in re differentiam fuisse inter filiosfamilias & seruos, quíque Iustiniani constitutionibus acceptum ferunt quod hodie filiusfamilias sit capax acquisitionis bonorum omnium aduentitiorum saltem quod ad proprietatem ex *l. cùm oportet 6. & l. vlt. C. de bon. quæ liber.* Non enim id Iustinianus fecit, vt filiusfamilias sit hodie capax acquisitionis, Non magis quàm vt ex earum constitutionum tempore cœperint filiifamil. integram personam habere, quam semper talem habuerunt, sed tantùm vt possint sibi aduentitia quærere, non modò in eum casum quo nolint patresfamilias sibi per liberos acquiri vt olim, sed etiamsi maximè patres acquisitionem istam ex personis filiorumfamilias ad se peruenire vellent. De quo scripsimus copiosè *lib. 7. Coniect. cap.* [illegible].

L. cogi 16. §. si pater ad SC. Trebell. l. is qui heres 13. §. vlt. D. de atq. hered.
L. imperator 50. ad SC. Trebell.
L. etiam inuitis 32. De acquir. rer. dom. l. seruus vetante 62. D. verb. oblig.
L. cùm oportet 6. & l. vlt. C. de bon. quæ liber.

ILLATIO X.

De patre ius potestatis in filiumfamilias vindicante.

DEcimò ex eodem Principio fit, vt si quis filium suum vindicare velit tanquã quẽ habeat in sua potestate nõ possit vti rei vindicatione illa quę pro cęteris rebus omnibus etiã seruis cõpetere solet ei qui dominus sit, vel gẽtiũ iure, vel ciuili *l. in rẽ 23. D. de rei vin.* (neq; enim pater aut hoc, aut illo, aut alio vllo iure domin' filij sui dici potest) sed experiri debeat, aut præiudiciis, aut interdictis, aut cognitione prætoria, quẽadmodũ Vlp. scribit in *l. 1. §. per hanc autem eod. tit.* Præiudicio id est præiudiciali actione cõtra filium ipsum si se filiũ & in potestate esse neget comparata, quæ & dicitur actio De partu agnoscendo *§. præiudiciales inf. De action. l. pen. C. hoc tit.* Ideò sic appellata quia sufficit agnitũ esse partũ, vt posteà iudicari possit filiũ esse in potestate cùm nõ possit agnosci cuius sit partus, nisi ex iustis nuptiis, quæ porrò vbi interueneruñt, hoc ipso probata est patria potestas vt diximus. Interdictis cõtra extraneũ qui filiũ penes se habeat. Duo enim proposita sunt à prętore in eã rẽ interdicta. Vnum de filio exhibendo, Alterũ de exhibito ducendo, id est per patrẽ abducẽdo. De primo agitur in *l. 1. D. de liber. exhib. item ducend.* De secundo in *l. 3. eod. tit.* Addit Vlp. in *d. l. 1. de rei vindicat. cognitionem prætoriam* tanquam auxilium tertium patri competens distinctum tam à præiudiciis quàm ab inter-

L. 1. §. per hãc D. de rei vindic.
§. præiudiciales De action. l. pen. C. hoc. tit.
duo De filio exhibẽdo & De xhibito ducendo.

dictis quãuis Hugo Donellus *lib.2.Comment.cap.25.* confundere videatur. Et sanè ita est. Nam in præiudiciali actione vt iam dixi non quæritur principaliter an liberi sint in potestate, sed tantùm de agnoscendo partu. In interdictis verò non de iure patriæ potestatis, sed tantùm de filio exhibendo & abducendo. Itaque potest cognitio prætoria esse necessaria, si de hoc ipso quæratur, Nõ an is quẽ in mea potestate esse dico sit filius meus, quo demum casu præiudicium reddi necesse est, Sed an filius meus qui se filium esse negat sit in mea potestate, si fortè de emancipationis iure aut veritate disputetur, vel si qua alia res interuenerit quæ facere possit, siue ex mea, siue ex filij mei persona, vt dubitari queat, An sit ille in mea potestate vt in *l.1.C. de patr.potest.* Illud planè verum est, quod Donellus notat, dici hanc cognitionem prætoriam duplici ratione, Et quia nulla in hanc rem actio prodita est, *arg.l.quòd si minor 24.§.vlt.* D.*de minor.* Et quoniam digna hæc causa fuit quæ prætorem iudicem haberet, vt & cæteræ causæ omnes quæ sunt de statu, non de qua vt vulgo & ordinario iure fieri solebat prætor iudicem daret *l.2.C de pedan.iudic.* iunct. *l. non distinguemus 32.§.de liberali D.de recept qui arbitr.* Nã & ob hãc causam verba quoque interdicti sic concepta fuisse legimus, vt prætor eam sibi cognitionem reseruaret. Sic enim habent *vim fieri veto*, non vt interdictum, Vnde vi & alia nonnulla *iudicium dabo.* Paullo difficiliùs illud est, quid sibi velit Vlp.cùm ex Pomponio scribit in *d.l.1.§.per hanc De rei vindicat.* per vindicationem petere nos non posse liberos quos habemus in potestate, *Nisi fortè*, inquit, *adiecta causa quis vindicet.* Nam si dicamus quod sequentia verba præseferre vidẽtur, vindicari filiũ adiecta causa cùm vindicatur adiecta illa clausula *ex iure Quiritium* aut quod idem est *ex lege Quiritium*, nihil omnino egerimus, Cùm vindicationum omnium sollennis clausula illa fuerit *Hanc rem ex iure Quiritium meam esse aio.* Dicendum igitur est vindicari filium adiecta causa, quoties non simpliciter vt seruus cæteræque res omnes, per supradictam vulgarem clausulam vindicatur, sed adiecta per patrem tali causa per quam appareat esse filium in patris potestate, Vt puta hoc modo, *Hunc filium ex iure Quiritium meum esse aio, quia ex iustis cum Terentia nuptiis eum suscepi* aut etiam *quia eum adoptaui.* Sic enim concepta vindicatione apparet non tam filium ipsum iure dominij quàm ius patriæ potestatis in filio vindicari. Siquidem huiusmodi causę vindicationis tales sunt, per quas nõ solet, nec potest acquiri ius dominij in filium, sed tantùm ius potestatis, indéque apparet, ita vindicantem patrẽ non de dominio, sed de solo patriæ potestatis iure contendere. Nã & si quis ita peteret filium *quem habeo in potestate ex iure Quiritiũ* aut *ex iure romano*, rectè vindicaret vt ex eodem Pomponio Vlpianus ait in *vers. si quis ita*, vbi verba illa *in potestate* maiusculis literis scribenda sunt cum sequentibus illis *ex iure romano* tanquam pertinentia ad formulam vindicationis, & causam ipsam in effectu licèt nõ per modũ causę demõstrantia. Quid enim refert an vindicẽ filiũ *in potestate ex iure romano*, an verò adiecta causa expressim *quia illum habeo in potestate*, an denique nulla quidem potestatis facta mẽtiõne, sed tamẽ designatis iustis nuptiis, aut designata adoptione, aliòve modo ex iis quibus ex iure romano ius patriæ potestatis acquiritur? Itaque quod sequitur apud Vlpianum ex Pomponio *ait enim adiecta causa ex lege Quiritiũ vindicare posse*, malè vulgo sic legitur, vt virgula ponatùr post dictiõnẽ *quiritiũ*, literisque maiusculis scribâtur ea verba *ex lege Quiritiũ* quasi cõtineât formulã causæ

Cognitio prætoria.

L.1 de patr. potest.

L. quod si minor 24.§. vlt. D. de minor.

L.2.C. de pedan. iudici.

L. non distinguemus 32. §. de liberali D. de recept. Qui arbitr.

d.l.1.§. per hanc D. de rei vindic.

causæ, cuius adiectio possit bonam facere vindicationem. Nã è contrario ponẽda virgula est post *causa*, tùm vnico contextu legendum *ex lege quiritium vindicare posse*, iisdémque literis tota illa clausula scribenda.

ILLATIO II.

De indicati actione danda contra filiumfamilias condemnatum.

POstremò ex eodem Principio fit, vt quamuis filiusfamilias eo tẽpore quo siue ex contractu, siue ex maleficio conuenitur nihil omnino in bonis habeat, perinde tamen conueniri possit, & condemnari debeat acsi locuples esset, vt iudicati quoque actio in eum quandoque detur *l.3. §.idem scribit D. de pecul.* quia licèt dici soleat inanem esse actionem quam debitoris excludit inopia *l.6.D.de dolo.* sufficit tamen quod filiusfamilias, quia vtilem actionem habet potest acquirere, quandiu viuit *l.si creditores. in fin.D. de separat.* l.3.§ idẽ scribit de pecul. l. si creditores §. in fin. D. de separat.

Adeò autem filiifamilias persona est integra, vt quamuis neque ciuitas, neque respublica vlla constare possit ex solis patribus, nisi sint etiam filij, & quorum intuitu alij patres dici possint, & qui etiam ipsi aliquando patres fiant ad rempublicã perpetuã lã, Nullos tamẽ filios agnoscat ius ciuile romanorũ, nisi qui etiã filijfamilias sint. Cõstat enim ciuitas romana ex patribusfamilias, matribusfamilias, filiisfamilias, & filiabusfamilias. Vt sępius dixim⁹ ex *l.nã ciuiũ 4. D.de his qui sui vel alie.iur.sunt.* Porrò nõ magis ex personis nõ integris quàm ex solis patribus stare & constare integra ciuitas potest. Ergo filiorumfamilias personam integram & pro integra semper habitam fuisse necesse est. Hinc est quod romanorum leges omnes quæ patri propter liberos aliquid indulgent, non nisi de filiisfam. & liberis in potestate positis loquuntur vt in *l.qui libertinus 37.D.de oper.libert.* Non solùm vt inuitarentur ciues romani ad iustas nuptias cõtrahẽdas, extra quas si liberos susciperẽt, nõ essent eos in sua potestate habituri, Sed illa etiã potissimùm ratione, quòd iure romano, tametsi maximè liberos quis habeat ex iustis nuptiis procreatos, si tamen ij emãcipati sint, nullos omnino habere videatur. Vnde est quod emancipati iure ciuili omnino extranei esse intelliguntur *§.cæteri infr. De hered.qual. & diff.l.si genero 26. C. de iur.dot.l.quin etiam 55.in fin.De rit.nupt.* quia hoc ipso quod exeuntes de familia per emancipationem, amittunt familiam, amittunt etiam & ius & nomen filiorum, fieríque incipiunt patresfamilias, sed in sua, & propria familia, nõ in paterna in qua filiifamilias erãt priùs. Nec enim vnquã ius nostrum patitur, vt idem sit & filiusfamilias & paterfamilias, ne quidem respectu diuersarum familiarum, quia neque illud pati potest vt in duabus familiis quisquam sit, nõ magis quàm vt vel in duorum potestate, vel in sua qui adhuc sit in aliena. Siquidem in omni familia necesse est, vt vel in potestate sua quis alios habeat, quod fieri nequit si ille ipse sit alieni iuris, vel in aliena sit potestate, quo casu alium neminem habere in sua potest.

L. nam ciuium 4. De his qui sui vel alien. iur. sunt.

L.qui libertinus 37. D. de oper. libert.

§. cæteri De hered.qual. & differ.l.si genero 26. C.de iur.do. l.quinetiam 55.in fin. De rit.nupt.

PRINCIPIVM VII.

De identitate personæ patris & filiifamilias.

PAtria potestas facit vt patris ac filij vna eadémque persona esse intelligatur *l.ne cum filiofamilias 16.D.de furt.* vbi scriptũ est, non magis fieri posse *L.ne cũ filiofamilias 16. D. de furt.*

vt pater agat cum filiofamilias, quàm cum seipso. Quæ ratio esset prorsus inepta si pater & filius vnius eiusdémque personæ iure non censerentur. Idque apertiùs ex illationibus sequentibus intelligetur. Etsi autem Iustin. in *l. vlt. C de impub. & aliis subst.* videtur ad naturam potiùs hoc referre, iis verbis *cum & natura pater & filius eadem esse persona pene intelligantur*, non potest tamen id verum esse si solam naturam intueamur seiuncta patria potestate. Nam secundum naturam, quæ nihil nisi rei in natura existentis veritatem ipsam significat, fatẽdum necessariò est alias esse distinctásque patris & filij personas, fierique nullomodo potest, vt patris & filij persona vna eadémque esse existimetur, nisi per fictionem, quod & Iustinianus satis admittit iis verbis *penè intelligantur*, quæ nihil minùs denotant quàm præcisam rei veritatem. Porrò nulla fictio est ex natura, sed vt ex iure sit necesse est, tanquam quæ in subsidium naturæ inducatur, vt per mediam fictionem, possit ius eò quo non potest natura pertingere. *l filio 23. D. de libert. & posthum.* Atqui ius nec fingit, nec potest fingere, vt filius vna eadémque cum patre persona sit, nisi auxilio patriæ potestatis, Cùm vt proximè diximus, neque filium habeat pro filio quantumlibet iustis ex nuptiis susceptum, nisi quandiu ille in patria est potestate. Sola igitur patria potestas illa est quæ sicuti filium facit & retinet, ita & fictionem istam inducere potest, vt patris & filij vna eadémque persona esse intelligatur. Et verò quamuis filius emancipatus non eo minùs verè secũdum naturam filius sit, ideóque à prætore qui nihil nisi naturalem æquitatem intueri solet, pro filio agnoscatur, vt perinde ad bonorum possessionem tam ex testamento quàm ab intestato vocetur, atque si in patris potestate mãsisset (quia emancipatio cùm sit tota iuris ciuilis naturalia iura corrumpere nullomodo potest *§. vlt. sup. De iur. natur. gent. & ciuil.*) nemo tamen dixerit patris & emancipati filij vnam eãdémque personam censeri, siue naturam inspicias quæ indiuidua numero distinxit, siue fictionem, quæ cum tota sit iuris ciuilis non potest accommodari ad emancipatos, quos nec ius ipsum agnoscit. Denique cum fictio omnis sit falsitas vt alibi disputauimus, aut vt ciuiliùs loquar & more Papinianeo imago & commentum *d. l. filio, l. fideicommissum 76. De condic. & demonst.* nunquam inducitur iure ciuili, nisi ex necessitate, Necessitas autẽ nulla est eius inducendę cùm filius est emancipatus, cùm ex eo tempore ne pro filio quidẽ habeatur.

L. vlt. C. de impub. & aliis substit. — *l. filio 23. de liber. & post.* — *Iuris fictio nihil nisi falsitas, & imago, & commentum.*

ILLATIO I.

De nulla lite inter patrem & filiumfamilias mouenda, nisi ex causa castrensis peculij.

EX hoc Principio illud primùm fit vt lis nulla nobis esse possit cum eo quẽ in potestate habemus, nisi ex castrensi peculio, vt Caius scribit in *l. lis nulla 4. D. de iudic.* qui locus etsi ad seruos quoque pertinere videtur propter verba illa generalia, *cum eo quem in potestate habemus*, tamen nõ nisi ad filiosfamilias pertinet, vt apparet non solùm ex ea exceptione *nisi ex castrensi peculio*, quę seruis nullomodo conuenit cùm milites esse non possint, sed ex illo etiam quod nec alij vlli magis quàm domino lis vlla cum seruo esse potest *l. cum seruo 107. De regul. iur.* Cum filiofamilias esse potest cuilibet excepto patre. Huius verò illationis rationem ex supra scripto principio pendêre docet apertè Paulus in *d. l. ne cum filiofamilias 16. D. de furt.* vbi ait, Ne cum filiofamilias pater furti agere possit, non iuris constitutionem aut naturam, vt quidam putãt, sed ipsam rei con-

L. lis nulla 4. D. de indic. — *l. cum seruo 107. de reg. iur.* — *l. ne cũ filiofamilias 16. D. de fur.*

rei condicionem quam & naturam Paulus vocat, impedimento esse, quòd nō magis cum his quos in potestate habemus, quàm nobiscum agere possimus. Itaque cum filio emancipato, quamuis perinde filius sit naturaliter, vt diximus, eádémque patri reuerentiam debeat, agere pater potest, & filius cum patre, dummodò venia petita ex edicto prætoris, de quo in *l.4.§.1.l.parentes 6.& tot.tit. De in ius vocand.*

l.4.§.1.l.parentes 6. D. de in ius vocand.

ILLATIO II.

De liberis adoptiuis.

SEcundò ex eodem Principio fit quod Vlp. scribit in *l.adoptiuum 8. eod. tit.* filium adoptiuum quandiu in patris potestate est, vocare patrem in ius nō posse, iure magis potestatis quàm præcepto prætoris, Quia edictum prætoris ad eos liberos pertinet, qui non petita venia, si prætor non prohiberet, parentes impune vocare in ius possent, Quod in filios adoptiuos non cadit, qui cùm non minùs in patria potestate sint, quàm si ex iustis nuptiis suscepti essent, vtique cessante etiam edicto prohiberentur iure potestatis ne patrem in ius vocare possent. Vnde est, quòd quamuis eo edicto nihil aliud inductum sit, nisi vt venia sit petenda, nihil tamen prosit filio qui in potestate est siue ex causa adoptionis, siue quòd ex iustis nuptiis susceptus sit, si veniam petat à prætore ad patrem in ius vocandum. Veniā enim solet prætor indulgere, ne offendatur reuerentia parentibus omnibus debita, etiam in quorum potestate non sit filius, non item vt ius patriæ potestatis lædatur, & aliqua ex parte minuatur. Quinetiam, quod magis est, si à me fuerit adrogatus qui mecum erat litē contestatus, vel cū quo ego: placet iudiciū solui, quoniā nec ab initio potuisset inter nos consistere si iam tùm fuisset ille à me adrogatus *l.si à me 11. D. de iudic.* ac proinde peruenit res ad eum casum à quo nō potuit incipere *l.quia in eum casum 16.D.ad leg. Aquil.l.pro parte 11.D.de seruit.* Etsi enim nō est nouū vt quę semel vtiliter cōstituta sunt, durēt, licèt ille casus extiterit à quo initiū capere non potuerunt *l.in ambiguis 85.§.1.De regul.iur.* in proposito tamen implicat cōtradictionem, vt iudicium duret inter eos qui iure patrię potestatis vna eadémque persona esse cœperunt, siquidem tritum est iudicium consistere non posse, nisi & actor sit & reus, vt diximus ad Princip.4.*illat.3.sup. De iustit. & iur.* vnum verò eundémque & actorem, & reum esse non posse, nisi duplici respectu, vt in quibusdam interdictis euenit, quę duplicia idcirco appellantur *l.2. in princip.& §.vlt.D.de interd.§.tertia diuis. infr.eod.tit.*

L. adoptiuū 8.eod.tit. De in ius vocand.

L.si à me 11. D. de indic.

Interdicta quædam duplicia, & cur sic dicta.

ILLAT. III.

De filio acquirente patri etiam ignoranti.

TErtiò ex eodem Principio fit, si iuris veteris rationem inspicias, vt quicquid filiusfam.acquirit, acquirat patri etiam ignoranti quamuis nōinuito *l.1.in prin. D.si à parent.quis manum.l.placet 79. D.de acquir.hered.* Etsi enim iuris regula est, Excepta possessionis causa nihil nobis per liberam personam acquiri posse *l.solutum 11.§. per liberam D. de pignor. action.l.& licèt is D.de constit. pecun.* excipitur tamen ea persona quæ potestati nostræ subiecta est *l.1.C.per quas person. cuique acquir.§.1.* vbi latiùs dicemus *infr.eod.ill. tit.* id est persona filiifamilias, Non alia ratione quàm quia is in patris est potestate: quæ potestas cùm faciat non solùm vt patris & filij vna persona esse intelligatur, sed ita etiam vt in patre cuius potestas illa est, ea persona potiùs quàm in filio constituatur, illud quoque necessariò inducit vt in iis quæ

L.1. D.si à parent. quis manum. & L.placet 79. de acquir. hered.

L.1. C.per quas person. cuique acq.

per filium acquiruntur, longè maiorem patris quàm filij rationem haberi oporteat. Vnius enim illius personæ quam pater & filius simul constituunt caput est pater, filius verò quicquid sub illo capite est. Dices fortasse, Non esse bonam hanc rationem, quandoquidem etiam per seruum acquiritur domino ex omnibus causis, adeóque inuito, & quidem iure potestatis vt sæpius diximus ex *l. etiam inuitis 32. De acquir. rer. domin. l. seruus vetante 62. De verb. obligat.* neque tamen dici posse id fieri propterea quòd dominus & seruus vna eadémque persona esse intelligantur, cùm nihil commune sit homini libero cum seruo, neque libertati cum seruitute. Respondeo, quod iam in præcedentibus multoties monere necesse fuit, ius potestatis aliter in filiofamilias, aliter in seruo considerari. Nam in filiofamilias inducit identitatem illam personæ de qua nunc tractamus, quod vtique percommodè facere potest cùm filijfamilias persona non minùs sit integra quàm patris, saltem quantum spectat ad ius reipublicæ & ciuitatis. In seruo autem quoniam is pro nullo habetur non solùm in domo patrisfamilias, sed etiam in ciuitate, fieri certè nullomodo potest vt serui personam candē faciat cum persona domini, sed tantùm vt quoties acquirendi occasio seruo offertur, solius domini personam inspici oporteat, Ne alioqui euenire necesse esset vt per seruos nihil acquiri posset, Non sine maximo & dominorum & reipublicæ quæ non nisi ex liberis hominibus constat, detrimento. Nec similiter possis dicere, quoties per filium aliquid acquiritur, patris personam inspiciendam esse, cùm sit ipse filius suo iure capax acquirendi sibi quicquid patri acquirere non possit, Et tamen acquirit omnia patri si neque iuris autoritas, neque patris voluntas repugnet, quia cùm acquirit patri, acquirit quodammodo sibi ipsi tanquam qui eadem sit persona cum patre ex fictione iuris licèt à patre, quasi à capite familiæ & à digniore fiat denominatio *l. in suis 11. D. de liber. & posth.* Nam si filiusfamilias etiam viuo patre dicitur quodammodo dominus bonorum paternorum, & illorum quoque quorum acquisitio per ipsius filij personam facta non sit, vt ibi Paulus scribit, Quanto faciliùs admittendum est, quod volumus filiumfamilias sibi ipsi acquirere videri quicquid acquirit patri? Idque, ni fallor, Vlpianus noster insinuare voluit in *d. l. 1. D. si à parent. quis manum. sit*, illis verbis, *quippe si filiusfamilias esset, quodcunque sibi acquireret, eius emolumentum patri quæreret.* Non enim potuit apertius scribere etiam filiofamilias acquiri omne id quod per eum patri acquiritur: (quod de seruo nusquam similiter proditum reperias) Eo scilicet iure ac sensu quo dicimus patris & filij eandem esse personam: & omnia quæ sunt patris esse filij in patris potestate constituti: Quamuis non eo minùs verum sit quod idem Vlp. scribit in *d. l. placet 79. De acquir. hered.* huiusmodi acquisitiones quæ per filiumfamilias fiunt, ne vno quidem temporis momento in filij persona subsistere, quia patris autoritas & potestas facit vt in ijs omnibus quæ patri cum filio communia sunt, solus pater nominetur. Haud aliter quàm si magistratu iubente præco aliquid publicè denunciet ex supremi Principis autoritate. Neque enim prudens magistratus facilè patietur nominari se cum Principe, ne supremæ potestatis societatem impudenter sibi adrogare videatur, licèt eo potissimùm iubente præconíque autoritatem præstante id fiat. Nec tamen quod dicimus patrem filijfamilias quodammodo caput esse sic accipi volumus, quasi filiusfamilias proprium caput non habeat aut in ciuitate, aut in domo (id enim pugnaret cum eo quod toties diximus

L. etiam inuitis 32. de acquir. rer. domin. l. seruus vetante 62. De ver. obligat.

L. in suis 11. D. de liber. & posthum.

L. 1. D. si à parent. quis manum.

filij fa-

filijsfamilias personam esse integram , itémque cumeo quod Vlp. scribit in *l. pronunciatio* 195. §. *familiæ* De *verborum signific.* quotquot capita in familia sunt , patrifamilias subiecta esse) sed ad fictionem illam iuris respicimus quæ facit vt patris filiíque non nisi vna persona esse existimetur. Si enim rei veritatem inspicimus, etiam secundum ius ciuile quod patresfamilias à filiisfamilias distinguit, aliud est caput patris, aliud filij, nec potest fieri sine monstro vt duarum personarum vnum tantùm sit caput. Sin iuris fictionem quæ efficit vt duæ illæ personæ patris & filij propter ius potestatis non nisi vnius iure censeantur, dicimus personæ illius caput esse solum patrem, non etiam filium, quia & monstro simile illud esset vt vnius personæ duo essent capita. Ius autem in fictionibus suis inducendis eam naturam sequi, adumbrare, & imitari solet quæ suis finibus contineatur, non eam quæ in monstra & portenta degeneret.

L. pronũciatio 195. §. familiæ De verb. signif.

ILLATIO IV.

De nomine & iure sui heredis.

QVartò ex eodem Principio fit vt suus heres dici possit is tantùm qui in defuncti patris aut aui vel proaui paterni fuerit potestate, licèt non sufficiat hoc vnum fuisse in potestate, nisi etiam illud concurrat vt in causa gradúque succedendi primum locum tenuerit eo tempore, quo de successionis iure tractandum fuit *l. si filiusfamilias* 33. §. 1. *De milit. test. l. scripto* 7. D. *vnd. liber.* Quomodo enim fieri potest vt qui patris defuncti heres est suus heres dicatur, nisi priùs fingas patris & filij vnam eandémque personam esse? Quomodo autem vna cum patre potest persona esse filius qui non sit in patris potestate? Idque nimirum est, quod Paulus eleganter & subtiliter tractat in *d. l. in suis* 11. *De liber. & posth.* in suis heredibus continuationem dominij eò rem perducere vt nulla hereditas fuisse videatur: quasi, inquit, olim hi domini essent, qui etiam viuo patre quodammodo domini existimantur. Itaque post mortem patris non tam hereditatem consequi & percipere videntur, quàm magis licitam liberámque rerum suarum administrationem. Nec obstat quòd filiusfamilias furtum quoque patri facere dicitur *d. l. ne eum* 16. *& l. seq. D. de furt.* (licèt furti actio non magis prodita sit patri contra filium quàm domino contra seruum proptereà quod qui potest aduersus furem pro arbitrio statuere, non habeat necesse contra eum litigare, vt Vlp. scribit in *d. l.* 17.) Quod enim dicimus filiumfamil. eandem personam censeri cum patre, & viuo etiam patre dominum intelligi rerum paternarum, facere tantùm debet vt tantò magis debeat filius prodesse patri; non vt ei etiam nocere indéque captare occasionem delinquendi & in rebus paternis impunè grassandi: cùm ne quidem patri liceat abuti sua potestate ad licentiam corrumpendi & effundendi patrimonij *l. vlt. C. de sentent. poss.* facit *l. qui fundum* 7. §. *si tutor* D. *pro empt.* Itaque quod in *l.* 1. D. *rer. amot.* scriptum est *sicuti filia patri faciat* non sic accipiendum est vt fit à nonnullis quasi hac in re differẽtia aliqua sit inter masculum & fœminam, sed vt ita scripserit Vlp. quia sexus similitudo facit vt vxori rectiùs filia quàm filius comparetur. Quonam verò iure censeri possent viuo patre quodammodo domini rerum paternarum nisi eorum patrique eadem persona esse fingere-

L. si filiusfamilias 33. §. 1. D. de milit. test. l. scripto 7. D. vnd. liber.

L. in suis 11. De liber. & post.

L. 16. & 17. D. de furt.

l. 1. D. rer. amot.

tur? Nam & huiusmodi fictionis significandæ gratia filiumfamilias appellamus, sicut & patremfamilias, sola nota hac adiecta per quam genitor ab eo qui genitus sit distinguitur, vt lex ait, Ne alioqui dum iuris ciuilis fictionem inducimus, naturam ipsam debeamus quantum in nobis est, atque ita assequamur tandem vt subiectum desit cui fictio possit accommodari. Nulla siquidem fictio per se subsistere sola potest, sed omnes in natura tanquam in subiecto subsistunt. Denique nunquam ferendum est vt huiusmodi fictionibus quæ nihil nisi quædam iuris imagines sunt, naturæ veritas adumbretur, quomodo Papin. loquitur in *d.l. filio 23. De lib. & post.* Proinde cùm patris filiique eandem personam fingi dicimus, meminisse semper oportet re ipsa tamen duas esse personas, Ne cui materiam sophismatum hæc res præbeat, Si quis de patre & filiofamilias ita differere velit quasi vel fictio nulla sit hîc inducenda propter repugnantem veritatem naturæ, vel nulla naturæ veritatísque ratio habenda, propter fictionis iurísque ciuilis potestatem. Non enim possunt omnia tam benè inuicem conuenire sibique constare, quàm si vel nulla fictio induceretur, vel sola naturæ ratio haberetur.

ILLATIO V.

De patre qui filio suo stipulatur quem habet in potestate, aut emancipato.

L. eum qui ita 56 § qui sibi De ver. obligat. L. dominus 39 eod.

QVintò ex eodem Principio fit vt si pater filio suo quem in potestate habet stipuletur sibi acquirat. *L. eum qui ita 56. §. qui sibi* D. *de verb. oblig.* Nō eo iure quo dominus stipulando seruo proprio sibi acquirit *l. dominus 39. eod.* id est, ne alioqui sit inutilis stipulatio si domino non acquiratur quod ipsi seruo acquiri non potest (seruus enim ne quidem per se acquirere sibi quicquam potest, per dominum verò multò minùs, contra verò filiusfamilias acquisitionis capax est, saltem eo casu quo pater filio acquiri malit quàm sibi.) Sed quia cùm patris & filijfamilias persona eadem esse existimetur, nihil prorsus interest sibíne an filio suo quis stipuletur. Alteri enim stipulari prohibet iuris regula *l. stipulatio ista 38. §. alteri eod.* ac proinde vt valeat stipulatio cùm pater filio stipulatur, faciendum est vt filius non alius esse videatur quàm qui stipulatus fuit, & consequenter vt idem sit, quod tamen non nisi per eam iuris ciuilis fictionem de qua nunc agimus fieri potest. Cùm dominus seruo stipulatur, fictione nulla opus est ad stipulationem defendendam, quia cùm stipulatio sit iuris ciuilis, eorúmque omnium quæ iuris ciuilis sunt prorsus incapaces sint serui nisi ex dominorum persona, consequens est vt nulla etiam inducta fictione, quod dominus seruo suo stipulatur sibi stipulari intelligatur, quēadmodum si seruus domino stipularetur. Idque Paulus innuere videtur in *d.l. dominus*, vbi posteaquā ita scripsit, *Dominus seruo stipulādo sibi acquirit*, subiungit tanquam diuersum quid & dubitabilius. *Sed & pater filio*, vt intelligamus multò magis mirum hoc esse vt pater filio stipulando sibi acquirat quàm vt dominus stipulando seruo. Nec sanè rationem vllam id haberet si ius patriæ potestatis non faceret vt patris & filij vna eadémque persona esse intelligeretur. Nam & è contrario inde fit vt pater emancipato filio stipulando nihil

nihil agat, id est neque sibi neque filio suo quærat actionem aut obligationem *l. si genero 26. C. de iur. dot. l. pactum 4. C. de pact. conuent.* idest nec directam nec vtilem. Nam quod scriptum est in *l. pater 7. eod. & in l. Caius 45. D. solut. matrim.* siue pater dotem dans pro filia nepotibus ex filia quos in potestate sua non est habiturus, eam dotem restitui stipulatus sit vtilem ex stipulatu actionem nepotibus quæri tam fauore dotium, quàm adfectione personarum, non dubito esse Triboniani, cùm sit à iuris ratione omnino alienum, Vt scripsi pluribus *lib. 1. Coniect. cap. 4. & libr. 19. cap. 19.* Sicut & quod in *d. l. dominus* additũ est, *Secundum quod leges permittunt*, quod & ante nos Iacob. Cuiacius ad eum locum obseruauit, Sumpta non malè coniectura ex Iustiniani constitutionibus in *l. cùm oportet 6. & l. vlt. C. de bon. quæ liber.* quibus facti sunt filijfamilias capaces acquirendorum omnium aduentitiorum etiam inuito patre, saltem quod ad proprietatem solo vsufructu ad patrem spectante. Exemplo eius quod iam antè in bonis maternis Constantinus sanxerat in *l. 1. C. de bon. mater.* Facit *§. 1. infr. per quas pers. oblig. nob. acquir.* Nec magis errauerit, meo iudicio, qui eidem Triboniano adscripserit quod scriptum est in *l. 2. C. de patr. potest. extra ea quæ non acquiruntur.* Siquidem temporibus Imp. Antonini cuius ea lex est nihil omnino erat quod per liberos in potestate positos patribus volentibus non acquireretur: Solo castrensi peculio excepto, De quo tamen supradicta verba non possis intelligere cùm ad fœminam rescriptum illud dirigatur, quæ nec militare nec proinde peculium castrense habere potuit. Tribonianum, vt ex aui materni stipulatione vtilem actionem nepotibus quæri voluerit, illud fortè monit aut potiùs fefellit, quod Pomponius scribit in *l. si ita 9. D. de pact. dotal.* Si ita conueniat inter patrem filiæ & generum vt si viuo patre morietur filia, ipsi patri, sin mortuo iam patre, filio ipsius, si filio quoque defuncto totum patris heredi reddatur, benigna interpretatione posse defendi vtilem esse stipulationem. Sed longè alia dissimilísque species illa est. Ibi enim stipulatus pater proponitur, pro filio quem stipulationis tempore habebat in potestate, Nec quicquam erat quod impediret ne vtilis esset stipulatio summo iure, nisi quia quod ad filij personam, collata erat in id tempus quo pater ipse iam defunctus esset, atque ita quo filius effectus sui iuris, non amplius vna eadémque cum patre persona videri posset. Etsi enim dici solet in stipulationibus etiam condicionalibus cùm quæritur an valeant, & cui actio quæratur, inspiciendum esse tempus interpositæ stipulationis *l. si filiusfamilias 78. De verb. oblig.* constat tamen stipulationem in tempus aliquod collatam non tam eo tempore interpositam videri quo stipulationis verba prolata sunt, quàm in quod collata fuit *l. si ego 9. §. si res alicui D. de iur. dot. l. 4. C. de donat. ant. nupt.* Cæterùm multò maior ratio est, vt ex æquitate, benignáque interpretatione, defendatur ea stipulatio, quæ interposita est per patrem habentem filium in potestate, quamuis collata in id tempus quo filiusfamilias esse desijsset, quàm quæ ab auo materno pro nepotibus ex filia, quos neque tunc habuerit, neque habere vnquam potuerit in *l. quodcunque 45. §. si quis ita De verb. oblig.* potestate. Cur verò in specie *d. l. si ita*, non magis valeat summo iure stipulatio quod ad personam heredis, obscurius videri potest, Cùm cuilibet liceat heredi suo stipulari non minùs quàm sibi ipsi *l. tale pactum 40. §. vlt. D. de pact. l. si pactũ 9.*

L. si genero 26. C. de iu. dot. l. pactũ 4. C. de pact. conuent.

L. pater 7. eod. & l. Caius 45. D. solut. matrim.

L. 2. C. de patr. potest.

L. si ita 9. D. de pact. dot.

L. si filiusfamilias 78. D. de verb. obligat.

L. quodcunque 45 §. si quis ita eod.

D.de probat. Non alia de causa quàm illa ipsa ex qua comparatum dicimus vt filiofamilias stipulari pater possit, Nempe quòd sicut patris & filijfamilias, ita defuncti heredisque vna & eadem persona esse intelligitur *l.heres & hereditas 22. D.de vsucap.l.heredem 59. De regul.iur.cum similib.* Sed dicendum est in casu *d.l.si ita*, impediri validitatem stipulationis etiam quod ad personam heredis, quoniam interposita erat persona filij, & quidem tanquam filij, non vt in *l.pater 23.eod.* tanquam heredis, quæ interpositio personæ filij in sua potestate tunc futuri impediebat ne posset stipulatio rectà & omnimodo transire à stipulatore in heredem, & consequenter ne quod ad eiusmodi stipulatoris ius attineret eadem posset videri persona heredis cum persona defuncti. Ob idque ex hac etiam parte necessaria est benigna interpretatio, vt fauore dotis quam non alia lege pater daturus fuisse creditur, stipulatio defendatur. Tunc enim heredibus nostris rectè stipulamur cùm inter nos & eos medium nullum est impedimentum, quod vtique subest interposita persona extranea, id est, quæ non sit heres. Nam & inde fit, vt si de heredis herede tractetur, non aliter possit fingi eadem persona cum defuncto primo testatore propter interpositam primi heredis personam, quàm si primi testatoris heres esse fingatur. Id enim est quod dici solet heredem heredis, heredem esse primi testatoris *l.si quis filiumfamilias 7.§.vlt.D.de acquir.hered.l.3.D.de hered.petit.l.qui per successionem 194.De regul.iur.l.vlt.C.de hered.instit.* Fictio autem illa ideo facilè inducitur, quia quisquis eadem cum te cuius heres est persona esse intelligitur, eum necesse est eandem quoque personam esse intelligi cum illo etiam cum quo tu eadem persona fuisse putaris.

L.pater 23. D.de pact.dotal.

L.si quis filiumfamilias 7.§ vlt. D.de acqu.hered.l.3. D.de hered.petit.l.qui per successionem 194. De reg.iur.l.vlt.C.de hered.instit.

ILLATIO VI.

De obligatione inter patrem & filium.

SExtò ex eodem Principio fit vt inter patrem, & filiumfamilias nulla possit contrahi obligatio quia cùm ne intellectu quidem percipi possit obligatio nisi sint duæ personæ, vna quæ obligetur, alia cui obligatio acquiratur, patria verò potestas faciat vt patris & filij vna eadémque persona esse censeatur, nemo non videt fieri nullomodo posse vt salua patria potestate filiusfamilias patri, vel pater filiofamilias obligetur. In eámque rem textus est omnium accommodatissimus & elegantissimus apud Papinianum in *l.imperator 50. D.ad SC.Trebell. vers. Nam quia cautiones non poterant interponi conseruata patria potestate, damnum condicionis propter fraudem inflixit.* Quibus verbis, vt iã alio loco in superioribus obseruauimus, apertè docet Papinianus, posse filium familias etiam viuo & inuito patre proprium aliquid habere, saluo nihilominus & integro manente patri iure patriæ potestatis, quia nimirum filiusfamilias perinde ac paterfamilias quilibet capax est acquisitionis, Et tamen fieri non posse vt filiofamilias pater obligetur, quin patriæ potestatis ius violetur. Facit quod Iustin. scribit in *§.item inutilis infr. De inutil. stipulat.* Dices, Non minùs verum esse, dominum à seruo proprio stipulari nihil posse, Nec tamen ei consequens esse vt serui dominique vna & eadem persona esse credatur. Sed iam dixi sæpius, Tametsi ius idem hac in re, vt & in aliis plerisque in filiofamilias & seruo constitutum fuerit, non eandem tamen in vtriusque persona iuris esse rationem. Dominus enim ne à seruo proprio stipulari possit, illud impedit,

L. imperator 50.D. ad SC.Trebell.

§.item inutilis De inutil. stipulat.

dit, quod seruus, cùm pro nullo habeatur, iure ciuili obligari nullomo potest, ne quidẽ ei in cuius nõ sit potestate. At filiifamilias persona nõ impedit quominus possit ille cuilibet obligari, Excepto solo patre in cuius potestate est *d. §.itẽ inutilis*. Ac proinde fatendũ est non alia ratione impediri filiũfamilias ne vel sibi patrem obliget vel patri obligetur, quàm quòd iuris ciuilis fictione eadem sit persona filij cum persona patris. Sed ista intellige de ciuili obligatione ex ijs quæ mox dicemus.

ILLATIO VII.

De obligatione naturali inter patrem & filium.

SEptimò ex eodem Principio fit vt ea obligatio quæ naturalis tantùm sit, non ciuilis, inter patrem & filium bene contrahatur, nec malè filiusfamilias patri debere dicatur, & pater filio relato debiti nomine ad naturalem obligationem *l. sed si damnum 9 aliàs l. peculium §. prætereà D. de pecul.* quia cùm obligatio naturalis æstimetur ex facto ipso, id est non tam ex iure quàm ex facti reique veritate *l. nec seruus* 41. D. *eod.* naturaliter autem & in rei veritate alia patris, alia filij persona sit, consequens est vt fictio illa iuris ciuilis, quæ sola facit eandem videri personam patris ac filij, non possit impedire naturalem obligationem quæ cum fictionibus iuris nihil commune habent. Vnde etiam est quod seruus quoque naturaliter & obligat & obligatur *d. l. nec seruus l. serui 14. D. de obligat. & action.* quia vt pro nullo habeatur fit ex iuris tam ciuilis quàm honorarij fictione non ex rei naturæque veritate *l. quod attinet 32. De regul. iur. l. vllomodo 7. D. de leg. Cornel. de fals.*

L. sed si damnum9 aliàs l. peculium §. prætereà D. de pecul. L. nec seruus 41. eod. L. serui 14. De oblig & act. D.

ILLATIO VIII.

De obligatione ciuili & naturali inter fratres in eiusdem patris potestate constitutos.

OCtauò ex eodem Principio fit vt non solùm inter patrem & filiumfamilias nulla obligatio ciuilis nulláque actio esse possit, sed nec inter fratres in eiusdem patris potestate constitutos. Naturalis tamen obligatio inter eos non malè contrahatur, haud aliter quàm inter patrem & filiumfam. rectè contraheretur *l. frater à fratre 38. D de condict. indeb.* De cuius tamen loci sententia, quoniam & obscura esse creditur, & à clarissimis ætate nostra Iureconsultis maximè agitata fuit, commodiore loco coniecturam nostram latiùs exposuimus *lib. 20. Coniect. cap. vlt.* Nunc sufficiat illationis huius rationem illam reddidisse, quòd cùm frater fratri per mediam patris personam coniungatur, ideóque in computandis iure ciuili gradibus cognationis frater non in primo sed in secundo gradu constituatur, fieri certè nequit vt iuris ciuilis fictione filiusfamilias eadem cum patre persona esse fingatur, quin quotquot sunt in eiusdem patris familia & potestate constituti fratres, vna etiam eadémque persona inuicem esse existimentur Quomodo enim possent singuli vna eadémque cum patre persona censeri, si non inter se quoque eandem retinerent fictionem? Textus est elegans & ad hoc Principium referendus in *l. non solum 67. §. sed etsi filiusfamilias D. de rit. nupt.*

L. frater à fratre 38 D. de condict. indeb.

L. non solùm 67. . sed etsi filiusfamilias D. de rit. nupt.

ILLATIO IX.

De filiofam. stipulante seruo patris sui.

NOnò ex eodem Principio fit vt si filius meus in mea potestate constitutus seruo meo stipulatur, mihi obligatio & actio ex stipulatu acquiratur *l. si filius* 40. *De verb. oblig.* quia acquireretur mihi si ego ipse seruo meo stipulatus essem. Patria namque potestas facit vt vox filij mei mea esse credatur & contrà, *§. si quis alij infr. De inutil stipul.* licèt Tribon. sẽper memor noui illius iuris, de quo diximus *illat.* 5. additum voluerit *in ijs rebus quæ tibi acquiri possunt.*

L. si filius 40. de ver. oblig. § si quis alij De inutil. stipu.

ILLATIO X.

De donatione à patre collata in filiumfamilias.

DEcimò ex eodem Principio fit, vt filiofamilias pater donare non possit *l. donationes in concubinã* 31. *§. pater D. de donat. l.* 2. *C. de inoffic donat. l. si donatione* 13 *C. de collat. l. siue emancipatis* 17. *C. de donat.* non quòd filiusfamilias non sit capax acquisitionis etiam consentiente patre vt vulgo imperitè creditur, quod nos iam in præcedentibus satis supérque confutauimus, Aut quòd nolit pater acquiri statim filiofamilias, quod ei donat maximè inter viuos. Sed quia non potest donatio valere, quin obligatio contrahatur, vel ob hoc saltem ne donatori siue antè siue post perfectam donationem liceat pœnitere *l. perfecta* 4. *C. de donat. quæ sub mod. l. velles necne* 6. *& pass. C. de reuoc. donat.* Atqui iam diximus inter patrem & filiumfamilias obligationem ciuilem contrahi nullam posse. Ergo nec fieri inter eos donatio poterit. Etsi enim capax est filiusfamilias acquirendi dominij earum rerum omnium quas pater suas esse nolit, in quarum numero fatendum est collocari posse illas quas pater ipse filio donat, prius tamen est vt contrahi possit obligatio inter patrem & filium, quàm vt ex traditione per patrem facta filio donationis iure dominium in filium transferatur. Nam si transferretur, vtique ex dominij natura irreuocabiliter transferretur *arg. l.* 1. *D. de iur. dot.* Dominium namque non nisi certis modis vt acquiritur, ita & amittitur. Hoc ipsum autem vt dominium ex donationis causa translatum reuocari à donatore nunquam possit, non ex alio loco proficisci potest, quàm ex potestate obligationis quæ contracta fuerit in donando *l. sicut* 5. *C. de oblig & action.* Cùm igitur inter patrem & filium non possit contrahi vinculum obligationis obstante vinculo potestatis, quod & antiquius est & potentius, quis iam miretur dominium rei quam pater filio donauerit à patre in filium transferri non posse? Ex quo etiam apparet quàm egregiè vulgo errent interpretes nostri. Existimantes in donatione quam pater filiæ fecerit ex causa dotis aliud iuris esse, vt ipso iure valeat & defendatur, Fauore, inquiunt, & priuilegio dotis, inter cuius priuilegia quàm plurima quæ ipsi congerunt vel hoc vnum maximè connumeratur, ex *l. Pomponius Philadelphus* 35. D. *famil. ercisc.* Nam si ius patriæ potestatis solùm illud est quod facit ne donare filio aut filiæ pater possit, ius autem illud per nuptias filiæ non dissoluitur *l.* 1. *§. vlt.* D. *de lib. exhib.* cur fauor dotis aut matrimonij faciet vt immutetur ius cuius ratio non sit immutata? In eámque rem non obscurus textus est in *l. cùm pater* 77. *§. pater filiæ De legat.* 2. sed elegantior & apertior in *d. l. Pomponius,*

L. donationes 31. § pater D. de donat. l. 2. C. de inoff. don. l. si donatione 13. C. de coll. l. siue emancipatis 7. C. de donat.

L. Pomponius Philadelphus 35. D. famil. ercisc.

ponius, qua nostri in contrariam partem miserè abutuntur. Vt à nobis pluribus demonstratum est *lib. Coniect.*

ILLATIO XI.

De filiofamilias exercente sine mandato actiones patri competentes.

VNdecimò ex eodem Principio fit, vt illas etiam actiones, quæ patri competunt possit filiusfam. exercere etiã sine mandato, si modò pater aut absens sit aut suspectæ vitæ, adeóque ad eiusmodi actiones exercendas procuratorem dare *l. filiusfamilias* 8. D. *de procurat. l. exigendi* 12. C. *eod. l. si libertus* 12. D. *de in ius vocand. l. si longius* 18. §. *si filiusfamilias* D. *de iudic.* Etsi enim actio non per alium exerceri potest, quàm per eum cui competit, quia nemo agit sine actione *l. si pupilli* 6. §. *videamus* De *negot. gest.* quid tamen interest an pater agat an filius si pater aut absens aut vitæ suspectæ sit, cùm sint vna eadémque persona? Planè cùm pater nec absens nec suspectus est, non permittimus filio vt agat, nisi mandante patre, quia præferri patrem tanquam digniorem conuenit in cuius potestate filius ipse est.

L. filiusfamilias 8. D. de procurat. l. si libertus 12. De in ius vocand. l. si longius 18. §. si filiusfamilias D. de indic.

ILLATIO XII.

De filiofamilias dando patri curatore.

DVodecimò ex eodem Principio fit, vt quamuis indecorum plerisque visum sit patrem à filio regi daríque filium curatorem patri qui rebus suis superesse non possit, tamen obtinuerit tandem ex Diui Pij Diuorúmque fratrum rescriptis filium si sobriè viuat curatorem patri dandum potiùs quàm extraneum *l. his qui* 12. §. 1. D. *de tutor. & curat. dat. l.* 1. 2. & 4 D. *de curat. furios.* Cùm enim patris & filij vna eadémque persona sit propter ius patriæ potestatis, fere est vt seipsum regere possit pater qui per filium bene regi potest. Etsi non ignoro non ex solo iure potestatis id fieri, sed potissimùm intuitu pietatis, indéque esse quod matris quoque furiosæ curatio ad filium pertinet *d. l.* 4. *quamuis non habeat mater filium in potestate* §. *fœmina infr. De adopt. l. mulierem* 5. C. *eod.* Quo exemplo possit quis tentare etiam ab emancipato filio patrem furiosum regi olim potuisse. Sed tamen non puto ita esse, Non solùm quòd id nullibi scriptum sit, sed etiam quia magis fuit olim extraneus patri filius ab eo emancipatus quàm matri filius quilibet, tanquam qui de familia expulsus esset per emancipationem non aliter ferè quã si per abdicationẽ eiectus esset de familia Grçcorũ more (nisi quòd abdicatio erat ignominiosa missio & eiectio de familia, emancipatio verò ignominiam non habebat *l. abdicatio* 6. C. *hoc tit.*) Etsi neque in patris neque in matris potestate aut hic aut ille esset. Minus enim iuris habet filius ratione patris post emancipationẽ, quæ ei familiam paternam ademit, quàm ratione matris, in cuius nunquam fuerit potestate. Vnde fiebat vt ad matris intestatæ hereditatem filius admitteretur ex iure ciuili, hoc est ex senatusconsulto Orficiano quod iuris ciuilis partem constituit *tot. tit. De SC Orfic infr.* emancipatus autem nullomodo ad patris hereditatem legitimam vocaretur nisi mero beneficio & indulgentia prætoris. Quare nec distinguunt Iureconsulti vinculum potestatis à vinculo pietatis, sed vtramque pro eadem accipiunt *l. vltim.* D. *si à parentib. quis manumiss. l. nec in ea* 22. §. *vltim.* D. *ad leg Iul. de adulter.* vt significent emancipationem filij sicut dissoluit vinculum patriæ potestatis, ita & dissoluere vinculum pietatis. Nec abs re, quia nullam pietatem debet filius patri nisi tanquam filius.

L. his qui 12. §. 1. D. de tu. & curat. dat. l. 1. 2. & 4. D. de cur. furios.

L. abdicatio 6. C. hoc tit.

L. vlt. D. si quis à par. manum. sit. l. nec in ea 22. §. vlt. ad leg. Iul. de adult.

Atqui per emancipationem desinit esse filius, vt diximus in præcedentibus, cùm ius ciuile nullos filios agnoscat ratione patrum, quàm qui sint filijfamilias, hic autem ex filiofamilias paterfamilias fit. Dixi *ratione patrum* quia quod ad matres attinet non similiter dici potest non esse filium matris suæ cum qui desierit esse filiusfamilias, siquidem ea mutatio status & familiæ non interuenit respectu matris, quæ filios duntaxat habere potest, filiosfamilias habere non potest. Cúmque filiusfamilias is demum sit, qui ex iustis nuptiis susceptus est, matérque etiam extra iustas nuptias certa sit, multò magis autem iustis nuptiis contractis, apparet non fecisse ius ciuile nec facere potuisse, vt ob id minùs filium haberet mater, quòd eum non haberet in potestate. Planè non nego potuisse olim filium etiam emancipatum dari curatorem patri, sed tanquã extraneum, non tanquam filium, & consequenter non nisi post agnatos omnes. Hodie verò postquam sublata est per Iustiniani *Nouell. constit.* 118. *De hered. ab intest. venient.* omnis differentia suitatis & emancipationis, itémque agnationis & cognationis, multò faciliùs admitto posse & debere filium emancipatum dari curatorem patri, sed ita tamen si alius nullus sit in potestate, cui priùs ea cura mandari possit. Sicut enim non sustulit Iustinianus patriam potestatem, ita nec fecit quominùs etiam hodie filius qui in potestate est hac in re vt in cæteris omnibus minimè ad successionis iura pertinentibus, emancipato sit præferendus in pari saltem causa.

Nouell. 118. de heredib. ab intest. veniens.

ILLATIO XIII.

De exceptione quærenda patri ex iureiurando filijfamilias.

DEcimotertiò ex eodem Principio fit, vt quamuis iusiurandum sit quid valde personale ex parte iurantis, tamen si iurauerit filiusfamilias patrem dare non oportere acquiratur patri exceptio ex iureiurando filij *l. vltim. D. de exception. l. 2. in princip. D. quar. rer. act. non det.* Nec ad rem facit quod idem cõstitutum sit fauore quoque domini, si seruus aduersario deferente iurauerit, dominum dare non oportere *l. si seruus iurauerit 23. D. de iureiur.* In seruo etiam aliam rationem id habet, quia non potest iusiurandũ prodesse ipsi seruo qui iurauerit, ideóque non pro se, sed pro domino iurasse intelligitur, sibique debet imputare vt lex ait, qui seruo detulit iusiurãdum. At in filiofamilias qui proprio nomine & agere & conueniri posset, itémque iurare, quoniam persona libera & integra est, non alia ratio facit, vt iurando patrem dare non oportere acquirat patri exceptionem, quàm quòd vna eadémque cum patre persona esse intelligatur. Non tamen similiter è contrario dicendum est si deferente filiofamilias aduersarius iurauerit dandam ex iureiurando exceptionẽ contra patrem, Non magis quàm si seruo deferente iuratum esset, quia neque seruis, neque filiisfamilias permittitur condicionem eorum quorum potestati subiecti sunt facere deteriorem, vt ex Paulo subiungitur in *l. multò magis 24. eo.*

L. vlt. D. de except. l. 2. in princip. D. quar. rer. act. non det. L. si seruus iurauerit 23. D. de iureiur.

L. multò magis 24. eod.

ILLATIO XIV.

De *non extendenda fictione identitatis personæ patris & filijfamilias ad ea, quæ sunt meri facti.*

DEcimoquartò ex eodem Principio fit vt in iis quæ sunt meri facti nec quicquam iuris habent, filius quantumlibet in patris potestate constitutus,

tus,non censeatur eadem persona cum patre. Vt ecce si pater soli filio suo quē in potestate habet dari stipuletur placet vtiliter contrahi obligationem, perinde acsi pater sibi ipsi esset stipulatus, Et tamen si filiofamilias ex ea stipulatione solutum sit patre ignorante non contingit liberatio, nec valet solutio *d. l. eum qui ita* 56. *§. qui sibi vers. quòd si soli* D. *de verb. obligat.* nempe quia obligatio quæ per stipulationem contrahitur iuris est, solutio autem facti *l. consilio* 9. *§. vlt.* D. *de cur. furios.* ad ea porrò quę facti sunt fictiones iuris ciuilis non accommodantur *l. denique* 19. *quib. ex caus. maior. l. in bello* 12. *§. facti.* D. *de cap. & postlim. l. qui heredi.* 44. *De cond. & demonstr.*

L. eum qui ita 56. § qui sibi vers. quòd si soli D. de verb. oblig.

L. denique 19. D. quib. ex caus. maior. l. in bello 12. § facti de capt. & postlim.

ILLATIO XV.

De oneribus patriæ potestatis.

DEcimoquintò & vltimò ex eodem Principio fit vt patria potestas, licèt sit perutilis & perhonorifica patri, adeóque res inæstimabilis, vt iā diximus ex *l. filiusfamilias* 114. *§. sed si liberos De leg.* 1. sua tamē habeat onera ex parte patris, quæ ex parte filij cōmoda sunt nec parua, nec pauca. Puta vt à parentibus ali debeant & exhiberi, vt nominatim institui, vel exheredari. Hoc enim fit ex iure potestais *l. inter cætera* 30. *l. penult.* D. *de libert. & posth.* Denique ne singula congeramus, vt qui in potestate est fiat patri suus heres omniáque sui heredis cōmoda consequatur. Propter quam causam in *l* 5. *§. non tantum* D. *de liber. agnosc.* ita scriptum est *cætera quoque onera liberorum* & in *l. pen. eod. ti.* Nō quemadmodum masculorum liberorum nostrorum liberi, inquit Marcellus, ad onus nostrum pertinēt, ita & in fœminis est, Nam manifestum est id quod filia parit non auo, sed patri suo esse oneri, & in *l. penult. D. de adopt.* Onera eius, inquit Paulus, qui in adoptionem datus est, ad patrem adoptiuum transferuntur. Non alia ratione quàm quod in eundem transferatur quoque ius patriæ potestatis. Vnde etiam est quod sicut pater inuitus filium non cogitur emancipare, at ne quidem auus paternus, nec si adsit principis rescriptum *l. nec auus* 4. *C. de emancip. liber.* ita nec inuitum potest *l.* 3. *&* 5. *eod. tit.* Item, quòd si quis nepotis loco adoptet, vel quasi ex filio quem habet iam adoptatum, vel quasi ex illo quem naturalem in sua potestate habet, eo casu & filius consentire debeat, *ne ei inuito suus heres adnascatur,* vt ait Iustin. in *§. sed si quis infr. de adopt. post Paulum in l. cùm nepos* 6. *& l. si is qui* 11. *eod. tit.* Ex quibus locis apparet non esse oneri patri quod habet liberos, nisi quatenus habet eos in potestate, talésque qui futuri sint, aut fieri possint sui heredes. Qua etiam ratione Senatusconsultum quod factum est de liberis agnoscendis ad eos tantùm liberos pertinet, qui sint in potestate, quíque sui heredes agnoscantur, non ad alios *l.* 1. *§.* 1. *& §. vlt. ill. tit. De liber. agnosc.* Nec pugnat quod ab Vlpiano scriptū est in *d. l.* 5. *§.* 1. *eo.* patrem non tantùm eos liberos quos in potestate habeat cogendum exhibere, sed etiam emancipatos, vel ex alia causa sui iuris cōstitutos. Id enim non ad senatusconsultū, aut ad aliā vllā meri iuris ciuilis partē referendū est, sed ad officiū iudicum datorū à prætore, apud quē nulla erat differentia, præsertim hac parte, suorum heredum & emancipatorum. Etsi vt verum fatear, tota illa *l.* 5. aut saltem maiore ex parte, mihi valde suspecta est, vt Triboniano magis quàm Vlpiano tribuenda videatur hoc ipso quod de iudice ac

L. inter cætera 30. l pen. De liber. & posth.

L. 5. §. non tātum de liber. agnosc. L. pen. eod. L pen. D. de adopt.

L. 3 & 5. C. de emancip. liber.

§. sed si quis De ado. l. cū nepos 6. & l. si is qui 11. eod. tit.

L. 1. §. 1. & vlt. De liber. agnosc. L. 5. §. 1. eod.

iudicibus loquitur, nunc in singulari numero, nunc in plurali. Cùm tamen neque nomina iudicum & magistratuum soleat Vlp. aut alius quisquam ex prudentibus confundere, neque vlla iudicis notio fuerit, nisi quatenus à magistratu datus esset, maximè verò à prætore, nec denique dubitãdum sit quin omnes de alimentis quæstiones ad solius prætoris iurisdictionem pertinerent, multò magis verò si inter patrẽ & filium de eo cõtrouerteretur *l. cùm hi* 8. *D. de trãsact. l. pen. & hoc. tit.* Sed & eidem Triboniano facilè adscribo quod in *d. l. pen. de lib. agnosc.* additum video, *nisi pater aut non sit superstes aut egens est.* Cur enim auo materno debeat esse oneri nepotes, etiã defuncto patre qui fuerit locuples & opulẽtam reliquerit hereditatem? De illo enim accipi debere verba illa *aut non sit superstes* ostendit manifestè disiunctio quæ sequitur *aut egens est*, cui scilicet locus non est nisi inter diuersa. Tunc verò nonne mortuo patre superesse potest auus paternus, æquè ac maternus? Etsi cùm loquimur de liberis qui oneri aliquando fuerint patri suo, ponendum est prędefunctum fuisse auum paternum, quo scilicet viuo non possunt nepotes oneri esse patri, qui eos in potestate non habeat, quíque in patris sui sit ipse potestate *l. si maritus* 7. *C. hoc tit.* Illo sanè casu quo pater omnino egẽs sit vt liberis suis alẽdis sufficere nequeat, ratio humanitatis & pietatis facit vt ad aui paterni onus ea res debeat pertinere. Et ad hunc casum proculdubio restringendum est quod de rescripto Diui Pij proponitur in *d. l.* 5. *§. item* Diuus Pius, his verbis, *item Diuus Pius significat quasi auus quoque maternus alere compellatur.* Quę verba etsi minùs disertè cõcepta sunt quàm vt sapiant Vlpianum, significant tamen non obscurè, nec ferè ausum Diuum Pium eã alendorum nepotum necessitatẽ auo materno iniungere. Adeò videtur id à iuris ratione alienum vt eos liberos quos quis in potestate non habet alere cõpellatur. Quãquam in auo materno faciliùs id admitti potest etiã ex iure ciuili, quàm in patre qui filium emancipauit, argumẽto eorum quæ illat. 12. scripsimus de matre, cui filius extraneus non est, sed filius, tametsi nunquam fuerit in eius potestate. Quod enim obtinet in matre, idem in auo quoque materno locum habet. Planè dubium non est quin filius etiam emancipatus debeat alimenta patri, sed nõ tanquam filius, at eo iure quo libertus alere cogitur egentẽ patronum *d. l.* 5. *§. solent iudices.* Pater enim plus quàm manumissor est cùm sit & pater *l.* 1. *§. vlt. D. si à parent. quis man.* Sed si alio modo soluta sit patria potestas, non idem dici potest, Et tamen non dubitauit Tribon. addere in *d. l.* 5. *§.* 1. *vel ex alia causa sui iuris constitutos.*

L. cùm hi 8. D. de transact. l. pen. C. hoc tit.

L. 5. §. item Diuus Pius D. de liber. agnosc.

d. l. 5. §. solẽt iudices & §. 1. L. 1. §. vlt. si à parẽt. quis manum. sit.

ILLATIO XVI.

De priuilegiis concessis filio in honorem patris.

DEcimosextò ex eodem Principio fit vt in honorem patris plerumque filio priuilegium concedatur, vt in *l. honor* 5. *l.* 9. *&* 12. *C. de pœn. l. medicos* 8. *C. de profess. & medic. lib.* 10. *tit.* 52. Iunge *l. si quidem* 8. *D. quod met. caus.*

L. honor 5. C. de pœn. l. medicos 6 C. de profes. & medic.

PRINCIPIVM VIII.

De iure potestatis fœminis denegato & auo materno.

FOemina neque in sua potestate liberos suos habet, neque facit vt in aui materni potestate esse possint *§. fœmina quoque infr. De adopt. l. mulierem* 5. *C. eod. l. pen.*

§. fœmina de adopt. l. mulierem 5. C. eod. l. pen. D. de agnosc. liber.

*eod.l.penult.*D.*de agnosc.liber.* Prior pars Principij rationem illam habet quòd ius potestatis inductum sit iure ciuili ad familias tuendas & propagãdas vt in Principij primi declaratione docuimus, familia autem nulla est de cuius tuitione & propagatione tractari queat, nisi quæ sit patris, quia fœmina quęlibet quãuis familiã suam habeat sicut & maritus, tamen illius suæ familię & caput, & finis est *l.pronunciatio* 195.§.*vlt.* De *verb.signific.* Posterior verò pars Principij huius, ex eo pendet quòd neque plus iuris habere potest ex persona filiæ in nepotes, quàm filia in proprios liberos, cùm ius aui in nepotes ex iure patris in liberos matrísve ęstimandum sit, siquidã auus nepoti non nisi per mediã patris matrísve personam coniungitur *l.dotem* 6.D.*de collat.* Item ex eo, quod cùm nepos hic in patris sui auíque paterni potestate sit, cuius & familiam sequitur, fieri nequit vt in aui quoque materni potestate sit, Ne alioquin eueniat contra ea quæ constituimus in superioribus, vt in duorum simul sit potestate.

L.pronũciatio 195.§.vl. De verb.signific.

L. dotem 6. de collat.

ILLATIO I.

De fœminarum liberis in familia non numerandis.

EX hoc Principio illud primũ fit quod Caius scribit in *l.familiæ* 196.§.1.De *verb.signific.* fœminarum liberos in familia earum non esse, quia qui nascuntur, patris non matris familiam sequuntur. Quibus verbis obseruandum est non illud significari quod vulgo plerique putant, fœminas familiam nullã habere, (quotquot enim capita sunt in familia mortuo patrefamilias propriam familiam habere incipiunt *l.pronunciatio* 195.§. *familiæ* De *verb.signific.* nec tractari posset an fœminarum liberi in earum familia essent, si familiã ipsæ nullam haberent) sed in ea familia liberos fœminarum non esse, Nempe, quia vt diximus mulier quælibet familiæ suæ & caput & finis est *d.l.pronunciatio* §.*vlt.* Atqui nec caput, nec finis esset familiæ suæ si nec familia ipsius vlla esset.

L. familiæ 196.de verb. signific.

ILLATIO II.

De liberis filiarum quòd non auo, sed patri suo sint oneri.

SEcundò ex eodem Principio fit quod scriptum est in *d.l.pen.*D.*de agnos.liber.* Non quemadmodum masculorum nostrorum liberi ad onus nostrum pertinent, ita & in fœminis esse. Nam manifestum esse id quod filia parit non auo sed patri suo esse oneri. Siquidem, vt superiore Principio docuimus, non alia de causa nepotes ex filia non sunt oneri auo materno, quàm quòd neque in matris, neque in aui materni sint potestate.

L.pen. de liber.agnosc.

ILLATIO III.

Fœminas non habere suos heredes.

TErtiò ex eodem Principio fit vt fœminę non habeant suos heredes *l.illud notandum* 4.§. *ad testamenta* D.*de bonor.poss.contr.tabul.* non enim potest suus heres esse qui priùs non sit in potestate *l.si filius familias* 33.§.1. *D. de test. milit.l.si quis filio* 6.*De iniust.rupt.l.scripto* 7.*D.vnd.liber.* Vt diximus ad Prin. 1.*illat.*3.*sup.eod.*

L. illud notãdum 4. §. ad testamenta De bonor. poss. contr. tab.

ILLATIO IV.

De matris præteritione habenda pro exheredatione.

QVartò ex eodem Principio fit vt mater filium suum, neque instituere, neque exheredare teneatur, sed eius præteritio habeatur pro exheredatione. Quod & in auo materno, cæterísque per matrem ascendentibus personis obtinet §. *mater infr. De exhered. liberor.* cùm instituendi vel exheredandi filij necessitas ex suitatis & potestatis iure proficiscatur quemadmodum diximus in præcedentibus ex *l. inter cætera 30. & seq. D. de liber. & post.*

§. *mater de exhered. liber.* *L. inter cætera 30. De liber. & posthum.*

ILLATIO V.

De filio deneganda bonorum possessione contra tabulas matris.

QVintò ex eodem Principio fit vt filio non detur à prætore bonorũ possessio contra matris tabulas quia non aliis ea possessio iure prætorio accommodatur quàm qui iure ciuili testamenta turbant, id est qui si præteriti sint, non patiuntur iure ciuili valere testamentum *d. l. 4. §. ad testamenta l. non putauit 8. in princip. De bonor. poss. cont. tabul.* Nisi quod emancipatis liberis auxilium illud datur, qui quoniã iure ciuili pro liberis non habẽtur nõ impediunt quin iure ciuili valeat testamentum in quo præteriti fuerunt. Sed sufficit tales eos esse, qui si iuri ciuili essent cogniti, necessariò, vel instituendi essent, vel exheredandi.

L. 4. §. ad testamenta de contr. tab. l. non putauit 8. in princ. eod. §. *fœmina De adopt.*

ILLATIO VI.

Fœminas non posse adoptare.

SExtò ex eodem Principio fit vt fœminæ adoptare nõ possint, quia per adoptionem ius potestatis acquiritur *d. §. fœminæ quoque infr. de adop.*

De familia & agnatis fœminarum.

OBserua tamen fœminam licèt alios non habeat in familia sua esse nihilominùs de familia & agnatione *l. cùm pater 77. §. cùm inter de leg. 2.* & consequenter habere etiam agnatos cùm agnati sint omnes qui per masculos non qui masculis coniunguntur *l. 2. §. agnati De suis & legit.*

L. cùm pater 77. §. cùm inter leg. 2. *L. 2. §. agnati de suis & legit.*

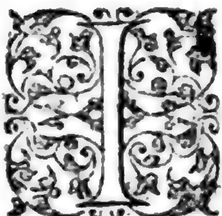
TIT. IX.

De nuptiis.

PRINCIPIVM I.

De iustis nuptiis inter solos ciues Romanos contrahendis.

§. 1. hoc tit.



IVSTAS nuptias inter se soli ciues romani cõtrahunt qui secundum legum præcepta coeunt, masculi quidem puberes, fœminæ autem viripotentes, vt Iustin. in princip. huius tit. scribit. Etsi enim maris & fœminæ coniunctio quæ modò non brutorum more, sed cum ratione fiat qualis illa est quam nos matrimonium appellamus, iuris naturalis esse dicitur ab Vlpiano in *l. 1. §. ius naturale D. de instit. & iur.* eorum autem quæ iuris naturalis adeóque iuris gentium

L. 1. §. ius naturale De insti. & iur.

tium sunt,capaces existimantur,illi etiam qui ciues romani non sunt *l.sunt quidam 17.§.1.D.de pœn.* Aliud tamen est de maris & fœminæ cōiunctione, aliud de matrimonio iusto,iustísque nuptiis tractare. Iustum namque matrimoniū iustásque nuptias solum ius facit. Siquidem iustum in iure nostro id dicitur non vt vulgo æquum est,sed quod secundum ius quod iure cognitum est & approbatum.Ius autem cùm simpliciter & absolutè dicimus,non aliud quàm romanorum ius intelligimus *§.sed ius quidem,sup. De iur.natur.gent.& ciuil.* Proinde iustum matrimonium iustásque nuptias dicimus eam duntaxat cōiunctionem maris & fœminæ quę ex legum prẹscripto facta sit,legū, inquam romanarum.Habent quidem cæterę gentes omnes sua matrimonia,eáque iusta si alterius cuiusque populi & ciuitatis iura,leges,& instituta considerentur. Sed nō sunt iusta Romanis,qui hac in re ius adeo suum propriúmq;habere voluerunt,vt si non secundum Romanas leges matrimonium cōtractum sit,nec pro matrimonio id haberi possit,& quod est consequens,nec vir nec vxor,nec liberi,nec dos vlla esse intelligatur *§.si aduersus inf.eod.* Idque sanè fuit conueniens pro tuenda & amplificanda romanæ reipublicæ maiestate , Vt quemadmodum pendet illa ex singularum familiarum dignitate quæ ipsa nisi per iustos & legitimos liberos,atque ita per iustas nuptias conseruari & propagari non potest,Sic leges quasdam constitui necesse fuerit,quæ matrimoniis contrahendis non solùm formam,sed etiam dignitatem darent,ne quid fieret non solùm contra ius naturale, sed nec contra publicam ciuilémque honestatem *l.semper.in coniunctionibus 42.D.de rit.nupt.*

§.si aduersus hoc tit.

L.semper in cōiunctionibus 42. D. de rit. nupt.

ILLATIO I.

De *iniustis nuptiis contra populi Romani leges aut mores contractis.*

EX hoc Principio illud primū fit quod iā diximus,vt si cōtrà quàm legibus aut moribus populi romani constitutum sit contractæ fuerint nuptię pro nuptiis nō habeantur,quia iustæ non sint *d.§.si aduersus infr.eo.* Ius enim ciuile romanorum pro nullo habet quicquid non secundum ius romanum est,vt vnusquisque tanto studiosiùs pareat legibus,ex earúmque autoritate se suáque omnia pendêre intelligat,nec tantùm sibi adroget vt iis posse se derogare putet *l.nemo potest 55.De leg.1.l.vlt. D.de suis & legit. l. non dubium 5.C. de legib.* Hinc dicimus nulla esse testamēta quę sunt iniusta,id est in quibus nō sunt obseruatæ sollennitates iure ciuili introductæ , aut quibus fuerit institutus is cuius institutio iure ciuili non sit permissa.*l.1.D.de iniust.rupt. & irrit. fact.testam.l.1.C.de hered. instit.* Nullam emancipationem , nullam manumissionem , nullam adoptionem , nulla denique omnia quæ non ritè nec ex legum præscripto facta sunt.

d §.si aduersus.

L. nemo potest.55.de le. l.vlt.de suis & legit.l.nō dubium 5. C.de legib. C.1. De iniust.rupt.l.1. C.de hered. instit.

ILLATIO II.

De contubernio inter seruos & ancillas.

SEcundò ex eodē Principio fit vt inter seruos & ancillas non possit esse matrimoniū sed cōtuberniū dūtaxat,nec si cōtracti matrimonij tēpore vterq; cōiūgū pro ciue romano haberetur,adeóq; nec si alteruter ciuis fuerit *l.C.3.solut.matr.* quamuis non eo minùs dos cùm repetitur habeat priuilegiū si mulier in mariti condicione errauerit probabili errore *l.si cùm dotem 22.§.vlt.D.eod.*

L.3.C.solut. matrim. L.si cùm dote 22.§. vlt. D.eod.

ILLATIO III.

De matrimonio dissoluendo per seruitutem alterutrius ex coniugibus.

TErtiò ex eodem Principio fit vt quamuis matrimonia pleraque facta durent quæ fieri prohiberentur, vt euenit quoties alteruter coniugum constante iã matrimonio furere cœperit *l. patre furioso* 8. *De his qui sui vel alien. iur. sunt.* fieri tamẽ nequeat vt duret matrimoniũ inter eos quorũ alteruter redactus sit in seruitutẽ, siue ea seruitus contigerit ex captiuitate, siue ex pœna legibus irrogata *l. 1 D. de diuort. l. si quis sic stipuletur* 56. *De solut. matr. l. res vxoris* 24. *C. de donat. int. vir. & vxor.* Quid ergo si alteruter coniugum nõ seruus factus sit, id est neque captus ab hostibus, neque in metallum puta damnatus, sed tantùm deportatus? De relegato enim dubiũ non est quin & nuptias & patriã potestatem retineat cùm non amittat ciuitatem *l. 7. §. siue ad tempus* D. *de interd. & releg.*) Constat deportatione amitti ciuitatem duntaxat, libertatẽ verò retineri *§. minor infr. De capit. diminut. l. vlt. D. eo. l. 2. §. 1. l. sunt quidam* 17. *§. 1. de pœn. l. inter pœnas* 6. *D. de interd. & releg.* Ideóq; cùm nuptię iustæ nõ inter alios possint consistere quàm qui nõ modò liberi homines sint, sed etiã ciues, consequens videtur vt nuptiæ per deportationẽ soluantur, quod & apertè scriptum est in *d. l. si quis sic stipuletur* 56. *De solut. matr.* Cõtrà tamẽ placuit deportatione matrimoniũ non dissolui *l. res vxoris* 24. *ver. sin autẽ C. de dona. int. vir. & vxor. l. 1. C. de repud.* vbi additur cõdicio *si casus in quẽ maritus incidit, nõ mutet vxoris adfectum.* Nã cùm etiã deportatus liber nihilominùs remaneat, nihil prohibet, & virũ mariti adfectionẽ, & mulierem vxoris animũ retinere, vt Vlpianus ex Marcello scribit in *l. 5. §. 1. De bon. damnat.* Ex quibus verbis apparet retineri vinculũ matrimonij non tã sola iuris potestate, quàm ex noua licèt tacita coniugum voluntate, cùm in alterius coniugis qui deportatus nõ est arbitrio sit, an in matrimonio manere velit necne, quod non ita esset si deportatio nõ interuenisset. Tũc enim non nisi aperto sollennique diuortio matrimoniũ dissolui posset *l. 1. 2. & tot. tit.* D. *de diuort. l. inter stuprum* 101. *§. 1. l. inter diuortium* 191. *De ver. signific.* Facit quod scriptũ est in *l. sed si mors* 13. *§. 1. D. de don. int. vir. & vxor.* etsi adsentior facilè Iacobo Cuiacio qui locũ illũ ab iis verbis *cùm igitur deportatione* Triboniani esse mauult, respiciẽtis ad illã Constantini cõstitutionẽ quæ extat in *d. l. res vxoris C. eo.* & quã Iust. laudat & cõfirmat *Nouell. 22. De nupt. cap. 13. §. deportatio.* vbi & expressim scribit legibus romanis non dissolui matrimonia per deportationẽ. Quod sanè ita est accipiendũ vt nõ dissoluãtur, vtique, quomodo loquitur Vlp. in *d. l. 5. De bon. damn.* id est omnimodo & indistinctè, sed ita demũ si ex coniugibus ea persona quę deportata nõ est dissolutũ esse velit. Alioqui quid obsecro, matrimonij vinculo dignius est quàm casuum mariti participẽ esse vxorẽ & cõtrà? *l. si cùm dotem* 22. *§. si maritus D. solut. matr.* nimirũ propter indiuiduam illam vitę societatẽ quę per matrimonij vinculũ cõtrahitur *l. 1. D. de ri. nu.* Silicet quãdiu cõiugũ vterq; liber manet. Alterutro enim seruo effecto, siue per captiuitatẽ, siue ex pœna, vt loquitur *l. sed si maritus* 14. *§. sed si morte* D. *qui & à quib. manu.* finiri necesse est indiuiduã illã vitę societatẽ, ex quo tẽpore verũ esse incipit nõ nisi vnũ ex cõiugib' superesse, cùm is qui seruus est pro nullo & mortuo habeatur *d. §. sed si morte.* Cęterùm potest dici matrimoniũ quodãmodo solui deportatione, hoc respectu quod diuortio nullo opus est sed nuda coniugis voluntate vt dissolutum perinde intelligatur acsi diuortiũ intercessisset. Ad quod videntur allusisse ij quos Vl. in *d. l. sed si mors* 13. *De don. int. vir. & vxor.* scribit existimasse, donationẽ inter cõiuges fa-

ctam

L. 1. D. de diuor. l. si quis sic stipuletur 56. solut. matr. l. res vxoris 24. C de dona. int. vir.

L. si quis sic stipuletur 56. D. de solut.

L. res vxoris 25. §. sin autem C. de donat. int. vir. & vxor. l. 1. C. de repud.

L. 5. §. 1. de bon. damna.

L. 1 & 2. D. de diuort. l. inter stuprũ 101. §. 1. l. inter diuortiũ 191. de ver. signif.

L. sed si mors 13 §. 1 de donat. int. vir. & vxor.

Nouell. 22. De nup. cap. 13. §. deportatio.

L. si cùm dotem 22. §. si maritus D. solut. matr.

L. sed si maritus 14. §. sed si morte D. qui & à quib. manu.

ctã in casum deportationis perinde valere acsi facta esset in casum diuortij. Atque ita videntur supradictæ leges conciliari posse. Multò meliùs & cõmodiùs, quàm quomodo Iacob. Cuiacius cõciliauit ad *dict. Nouel. 22. De nupt.* vbi scripsit deportatione solui matrimoniũ iure Quiritium, nõ solui iure gẽtiũ, quod inquit, in nuptiis cõtrahendis & retinẽdis maximè spectatur *ar. l. adoptiuus 14. §. 1. D. de rit. nup.* Is enim locus non de iure gentiũ loquitur, sed de iure naturali, quod cũ omnes homines pro liberis habeat, nec istam liberorũ differentiam agnoscat, consequens esset si quid ex eo loco inferri posset, æquè probandum esse, non dissolui matrimonium dãnatione in metallũ aut captiuitate, licèt his modi seruitus iure vel gentiũ vel ciuili irrogetur, Quod tamẽ nemo vnquam dixit, quia matrimonium cũ seruo neque contrahi, neque contractum durare potest, vt ex supradictis omnibus legibus apparet. Longéq; alius sensus est eius quod Paulus scribit in *d. l. 14. §. 1.* in cõtrahendis matrimoniis naturale ius & pudorẽ inspiciẽdũ esse. Id enim eò pertinet vt in matrimoniis cõtrahendis ab iis cõiũctionibus abstinẽdũ sit quas natura ipsa abhorreat nõ autẽ vt ad ius naturale accõmodatæ sint leges quæ à romanis circa matrimonia sunt constitutæ. Illud sanè admittendum est aliã esse libertatem iuris gentium de qua accipiendi sunt ij omnes loci qui probãt per deportationẽ nõ amitti libertatẽ, sed tãtùm ciuitatẽ *d. §. minor infr. De ca. minu. l. vl. D. eo. l. 2. & 17. §. 1. De pœn.* cũ aliis sexcẽtis, Aliã verò libertatẽ iuris Quiritiũ, de qua loquũtur ij loci qui volũt libertatẽ quoq; amitti per deportationẽ vt *l. pen in fi. De extr. cog. l. 4. §. vl. De grad. & adfi.* De quo scribemus latiùs ad *ti. De ca. diminu.* Deniq; multò facilius est vt iã cõtractũ matrimoniũ etiã à deportato retineatur ita volẽte vxore, quàm vt cũ eo cõtrahatur *d. l. patre 8. De his qui sui*, prẹsertim propter spẽ restitutionis quæ subest quãdiu libertas iuris gẽtiũ retinetur, nõ etiã cùm illa quoq; amissa est, quia seruitus nõ etiã deportatio morti sẽper adsimilatur *l. intercidit 59. D. de cond. & dem.*

d. Nouel. 22. cap. 13.

l. si adoptiuus 14. § 1 D. de rit. nupt.

§. minor infr. De capit. minut l. vlt. D. eod. l. 2. & 17. § 1. D. de pœn. l. pen. in fin. De extr. cognit.

ILLATIO IV.

De nuptiis inter duorum fratrum vel sororum vel fratris & sororis liberos.

QVartò ex eodem Principio fit vt inter duorum fratrum vel sororum vel fratris & sororis liberos, valeat iure ciuili matrimoniũ, tãquã quod legibus romanis nõ fuerit prohibitũ, siue antiquiora iura spectes *l. 3. D. de ri. nupt. l. 2. C. de instit. & substit.* siue recẽtiora *§. duorũ infr. ti.* licèt medio tẽpore aliud ius obtinuisse videatur, non solùm si Theophilo credimus & Caio in Instit. sed & si ponderare volumus constitutionẽ illam Arcadij de qua in *l. celebrãdis 19 C. hoc tit.* quę celebrandorũ inter consobrinos matrimoniorũ licẽtiã indulget, reuocata, inquit, id est renouata prisci iuris quod abolitum fuerat, autoritate. Sicut & multò meliore ratione tandẽ obtinuit ex põtificij iuris potestate vt huiusmodi nuptię interdictę sint propter nimiã sanguinis proximitatẽ. Cuius venerationе factũ etiã illud est, vt in agnationis & cognationis gradibus cõputãdis incipiatur à fratre, tãquã ab eo qui sit in primo gradu cùm tamẽ iure ciuili cõputetur in secũdo *l. iurisconsultus 10. D. de gradi. & adfi.* Ratio iuris ciuilis est, quia frater fratri nõ nisi per mediã parẽtis personã cõiũgitur. Nec enim alia de causa frater meus es, quàm quia ex eodẽ parente natus es. Ius verò põtificiũ ad id respexit, quod cùm intra quartũ cognationis gradũ prohibeat nuptias, tãtò maior sanguinis veneratio & pudor erit, quanto remotior fiet quartus ille gradus, vt qui reuera quintus est, pro quarto tantùm, & cõsequẽter pro interdicto habeatur. Cęterùm hac in re vt & in cęteris omnibus quæ ad nuptias pertinẽt, sequimur ius põtificiũ etiã in terris imperij, nõ modò propter ipsius dignita-

L. 3. D. de ri. nupt. l. 2 C. de instit. & subst.

§ duorum hoc tit.

L. celebrandis 19. C. eo.

Ius pontificiũ quoties de nuptiis agitur sequẽdum.

tem, sed etiam propter religionem sacraměti, quod non ab alio quàm à Christo Domino sponsáque ipsius sacrosancta ecclesia leges suas accipere potest.

ILLATIO V.

De incesto ciuili.

QVintò ex eodem Principio fit vt si quis vxorem duxerit ex his personis quas etiãsi non legibus scriptis tamen moribus romanorũ vxores ducere prohibemur, incestum committere dicatur *l. sororis 39. §. 1. De ri. nupt.* Quod enim ius moribus cuiusque populi & sine scripto receptum est, nõ minùs constituit partem iuris ciuilis, quàm quod scripto constitutum fuit, vt diximus ad *tit. De iur. natur. gent. & ciuil.* Inde est quod libertinus libertinam matrě aut sororě ducere vxorě non potest *l. libertinus 8. eod. tit.* vbi rationem Pomponius reddit *quia hoc ius moribus non legibus introductum est.* Quãquã si quis huius non scripti iuris rationě pergat quærere, illa adferri potest, quam Paulus reddit in *d. l. adoptiuus 14. §. 1. eo. ti.* quod in cõtrahendis matrimoniis ius naturale potissimùm inspiciendũ sit, ius autem naturale nullã inter seruiles & ciuiles cognationes differentiã cõstituat. Eóque pertinet quod scriptum est in *l. nuptiæ 53. & seqq. eo.* nuptias consistere nõ posse inter eas personas quę in numero parentũ liberorúmve sunt siue proximi, siue vlterioris gradus sint in infinitũ, nihilque interesse an ex iustis nuptiis cognatio descendat an non, Nã & vulgo quęsitam vxorem ducere quě prohiberi, Quinetiam nefas existimari eam quoque vxorě ducere, quę per adoptionem filia neptísve esse cœperit in tãtum vt etsi per emancipationě adoptio dissoluta sit, idem iuris maneat. Id enim ius non lege aliqua cõparatũ est, sed moribus ex iure gentiũ profectis, nã iure gentiũ incestũ cõmittit, qui ex gradu ascendentium vel descendentium vxorem ducit *l. vlt. eo.* Neque distinguitur an palam, vel clã ducat, quia erroris obtentus vix vllus esse potest inter ascendentes & descendentes. Sed inter veniětes ex latere distinctio illa locũ habet, quia qui palã fecit leuiùs, qui clã grauiùs punitur. Qui enim palam delinquunt vt errantes, qui verò clam, quasi contumaces plectuntur *d. l. vlt.*

L. sororis 39. §. 1. De rit. nupt.
L. libertinus 8. eod.
L. adoptiuus 14. §. 1.
L. nuptiæ 53. & seqq. eo.
L. vlt. eod.

ILLATIO VI.

De matrimonio quod Senator vel Senatoris filius cum libertina contraxerit.

SExtò ex eodem Principio fit, vt matrimonium quod Senator vel Senatoris filius cum libertina cõtraxerit ipso iure nullius sit momenti, quia lege Iulia nominatim id prohibitum est, licèt cęteris ingenuis præter Senatores eorúmq; liberos fuerit permissum *l. lege Iulia 23. eo. ti. l. semper 42. §. 1. De rit. nupt.* Excellentia enim Senatorię dignitatis quę non tantùm Senatoribus ipsis, sed & ipsorum liberis acquiritur *l. filiam 9. D. de Senat. l. generali 34. §. vlt. D. hoc tit. De rit. nupt.* hoc ius exigere visa est ne sordesceret per indiuiduam illam vitæ societatem quæ ex iustis cum libertina nuptiis, si licitę essent, contraheretur. Itaque casus patris remoti à Senatu non faciet vxorem filiam ipsius nuptam libertino, quia nec aufert filiæ dignitatem *d. l. 34. §. vlt.*

L. lege Iulia 23. l. semper 42. §. D. hoc ti. l. generali 34. §. vlt. eod. tit.
l. filiam 9. De senat.

ILLAT. VII.

De nuptiis eius cuius parentes ludicram artem fecerunt.

SEptimò ex eodem Principio fit, vt nec eam cuius pater matérve artem ludicram fecerit vxorem ducere Senator vllúsve ex Senatoris liberis possit, sicut nec filia Senatoris nubere libertino, eíve cuius pater aut mater artem ludicram similiter fecerit, quoniam & eadem lege Iulia idipsum nomi-

nominatim, districtéque prohibitum est *l. lege Iulia 44. eod. tit.* Quòd hoc genus scenicarum personarum vile sit & abiectum *l. humilem 7. C. de incest. & inutil. nupt.* vbi Impp. istis ęquiparāt, tabernarios, lenones, arenarios, eos qui mercimoniis publicè pręfuerunt, eorúmque liberos, hactenus scilicet ne senatoriarũ nuptiarũ possint esse capaces. Alia ratio est pauperũ personarũ ex ingenuis parẽtibus natarum. Nulla enim inter ingenuas ex diuitiis & opulentiore fortuna debet esse distantia, vt in *d. l. humilem* eleganter & verè scribunt Imperatores. Planè si Senatoris filia quęstum corpore, vel artem ludicram fecerit, vel iudicio publico damnata fuerit, impunè libertino nubit. Nec enim honos ei seruandus est quæ in tantum scelus se deduxit, *l. Senatoris filia 47. de rit. nup.* sic enim ibi Haloander legit, melius quàm vulgo *in tantum fœdus*, nisi malis, quod ego probabilius arbitror, legere *in statum fœdum.* *L. lege Iulia 44. eod. tit.* *L. Senatoris filia 47. D. hoc tit.*

ILLATIO VIII.

De nuptijs inter Senatorem & libertinam permittente Principe contractis.

OCtauò ex eodem Principio fit quod Vlp. scribit *in l. si senatori 31. D. eod.* si Senatori permissum fuerit indulgentia Principis libertinam vxorem iustam habere, futuram illam iustam vxorem. Non enim videri potest contra leges vxorem duxisse qui duxit Principe permittente, & indulgente, siue Principem accipias pro viua voce iuris ciuilis, quomodo de prætore ac iure prætorio scriptum est *in l. nam & ipsum 8. de iust. & iur.* (vnde & in Codice passim oraculum appellatur, nunc simpliciter, nunc oraculum viuæ vocis, nunc celeste, nunc diuinum, nunc sacrum] siue Principem consideres tanquam qui sit supra leges. *L. si Senatori 31. eod.*

ILLATIO IX.

De nuptijs cum adulterij rea post abolitionem contractis.

NOnò ex eodem Principio fit vt si quis ream adulterij quam siue mariti siue non mariti, hoc est, extranei iure postulauerit denuo vxorem duxerit post abolitionem, iure contractum matrimonium videatur *d. l. generali 34. §. 1. De rit. nup.* nempe quòd nulla lege prohibitum illud sit, & impetrata iure abolitio prioris accusationis & memoriam & iniuriam extinguat salua & accusatoris & reæ existimatione, *l. abolitio 8. & seqq. D. ad SC. Turpill. l. vlt. & tot. tit. C. de abolit.* *d. l. generali 34. §. 1. D. hoc tit.*

ILLATIO X.

De nuptijs contractis inter priuignos mariti & vxoris ex alijs matrimonijs.

DEcimò ex eodem Principio fit quod subiicit Papin. *in d. l. generali*, Inter priuignos, id est, mariti & vxoris ex aliis cuiusque matrimoniis liberos nuptias contrahi posse, quamuis fratrem communem ex nouo parentum matrimonio susceptum habeāt, Nimirum quia id neque moribus, neque legibus prohibitum est, nec iusta vlla prohibendi causa fuit, licèt species ista & elegans sit, & valde singularis. *d. l. generali §. 2.*

ILLATIO XI.

De nuptijs inter tutorem vel curatorem & adultam prohibitis.

VNdecimò ex eodem Principio fit, vt tutor vel curator adultam vxorem ducere non possit, *l. tutor 36. D. eod. tit. l. 1. & tot. tit. C. de interd. matrim. int.* *l. tutor 36. D. hoc tit. l. 1. & tot. tit. C. de interd. matrim. int. pupill.*

L. nō est matrimonium 66. D. hoc tit. l. qui pupillā 7. D. ad leg. Iu. de adul. *L. Senatusconsulto 59. & seq. hoc tit.* *L. libertum 64. §. 1. eod.*

pupill. Nimirum intra annum vicesimum sextum eius quæ pupilla fuit *l. non est matrimonium 66. D. de rit. nupt. l. qui pupillam 7. D. ad leg. Iul. de adult.* vbi additur non solùm hoc matrimonium non valere, sed & adulterij accusari posse hunc qui tutor vel curator fuit. Hoc verò ius profectum est ex Senatusconsulto, de quo in *l. Senatusconsulto 59. & seq. D. de rit. nupt d. l. 1. C. de interd. matr.* Et rationem illam habet, ne pupillæ in re familiari circumscribantur ab his qui rationes tutelæ gestæ eis reddere compellantur *l. libertum 64. §. 1. De rit. nupt.* ideóque licèt Senatusconsultum non nisi de tutore tutorisque filio locutum sit, ad extraneum tamen tutoris heredem Senatusconsulti sententiam porrigendam esse Callistratus eo loco scribit, Propterea quòd in eo quoque ratio Senatusconsulti locum habeat, cùm perinde tutelæ actione teneatur. In omnibus enim legibus & interpretandis & ampliandis & restringendis rationem potissimùm quæ legislatorem mouit, inspicere semper oportet: vt personæ omnes, quibus ea ratio conuenit lege comprehendantur, non etiam illæ quibus non conuenit. Finge tutorem pupilli velle filiam suam collocare pupillo suo in matrimonium aut curatorem adulto. Non prohibetur *d. l. libertum §. vltim.* quia non faciet id matrimonium ne prohibeatur pupillus quandoque rationes exigere à tutore quamuis socero effecto *l. 5. C de interd. matr. int. pupill.* Idē est si pupillæ mater cum tutore filiæ suæ vel cum filio tutoris nuptias contrahere voluerit *l. 2. C eod.* Finge auum tutelam gessisse neptis ex filio emancipato natæ. Nepoti ex altero filio eam collocare nihilominùs potest, siue emancipato, siue manenti in potestate, quia par adfectionis causa suspicionem fraudis amouet, Et quamuis Senatusconsultum stricto iure contra omnes tutores nitatur, attamen summę adfectionis auitæ intuitu, nuptiæ huiusmodi concedendæ sunt quasi cessante Senatusconsulti ratione *l. non solum 67. §. 1. eod.* Rursum finge, Titium tutelam puellæ administrasse vel curatoris iure negotia ipsius gessisse, illam verò nondum recepta ratione decessisse filia herede relicta, Placet posse Titium eam filio suo in matrimonium collocare, quia ratio non iam tutelæ esset vt anteà, sed facta hereditaria, & sic simplicis potiùs quàm priuilegiarij debiti iure censenda. Alioquin omnis debitor eam cui obligatus esset ex aliqua ratione prohiberetur sibi filióque suo coniungere, quod alienum esset à sententia & ratione Senatusconsulti cuius finis duntaxat ille fuit ne qua tutelaribus rationibus fraus fieri posset, Vt subtiliter ratiocinatur Thryphoninus in *d. l. non solum §. si puellæ.* E contrario finge datum quem esse curatorem ventri bonisque, prohibitio Senatusconsulti inducetur, quia licèt hic tutor non sit (nec enim tutor ventri dari potest vt suprà diximus ad *tit. De ingen. Princ. 3. ex l. ventri 20. D. de tutor. & curat. dat.*) perinde tamen acsi tutor esset, rationem reddere tenetur. Nec mouere nos debet perexiguum spatium huius administrationis quæ partu edito finitur. Nam neque in tutore, neque in curatore discrimen habitum est minoris aut maioris temporis, quo quis fuerit in administratione *d. l. non solum. §. & si quis.* Finge quem tutorem quidem non esse, sed tamen periculum tutelæ ad eum pertinere. Sententia orationis hic quoque cōtinebitur, quia quamuis tutor non sit, ob ídque non contineatur verbis Senatusconsulti, parum tamen interest an tutor sit, an tutelæ periculum ad eum spectet, cùm & huiusmodi periculum in numero trium tutelarum computetur *d. l. si quis tutor 60. eod.* vbi adfertur exemplum si pupilla ab hostibus capta sit, quo casu certum est finiri tutelam, & desinere tutorem esse illum qui prius fuit

L. 5. & 2. C. de interd. matrim.

L. non solum 67 §. 1. D. hoc tit.

d. l. non solum §. si puellæ.

§. et si quis d. l. non solum.

L. si quis tutor 60. eod.

fuit cùm tutela sit ius & potestas in caput liberum *§.1.infr.De tutel.*pupilla autem ab hostibus capta facta sit serua vt dicemus ad *§.1.infr.quib.mod tutel.finit.* neque tamen finitur periculũ tutoris si interim aut nihil aut malè administret cũ pupilla redire ab hostibus possit, Aliud exẽplũ est si quis falsis allegationibus excusauerit se à tutela, aut per ambitionẽ, id est per gratiã iudicis cuius fuit tutorẽ dare. Nam & ad hoc tutores perperam & sine causa excusatos periculum administrationis exinde pertinet, *l.1.& tot.tit.C.si tut. vel curat. fals.allegat. excus.sit,* id est ex die non propositæ sed admissę excusationis. Quid ergo, si quis honoris causa tutor datus sit? sunt enim etiam honorarij quidam tutores, qui licèt administrare non possint sunt tamen quasi obseruatores & custodes administrationis tutoris, nec minùs ad eos quàm ad veros tutores administrationis periculum pertinet *l.3.§.cæteri* D.*de admin.& peric.tutor. l. quòd si fortè* 14. *§.1.D.de solut.* Facit dubitationem quod huiusmodi tutela honoraria non computatur in numero trium tutelarum quæ ad iustam excusationem prodesse solent. Sed tamen cùm & hic tutor sit quamuis non nisi honorarius, & periculum tutelæ subeat si ab alio malè tutelam administrari passus fuerit, magis est vt pertineat & ad verba & ad sententiam Senatusconsulti *d.l.si quis tutor §.quid ergo si honoris,* vbi Paulus addit nec dubitandum esse quin ad orationẽ ille quoque pertineat qui postea quã datus est tutor cessat in administratione: Siquidem perinde tutelæ actione tenetur ex sacris constitutionibus atque si gessisset *l.1.C.si tut.vel curat.non gess.* Planè si quis tutor sit neque tutelæ periculo ex propria persona obstrictus, licèt periculum ob alterius personam aliquo casu agnoscere cogatur, puta quòd pro tutore vel curatore fideiusserit, vel magistratus sit qui quòd non benè prospexerit vt cautum esset pupillæ, ipse in tutelæ periculum inciderit ex *tit.*D*e magistr. conuen.* ad Senatusconsultum nullomodo pertinebit neque ex verbis neque ex sententia. Tantò minùs quòd nec in trium tutelarum numero periculum hoc computatur, *d. l. si quis tutor §.sed si propter.* Senatusconsultum enim sicut de solo tutore locutum est, ita nec de alio sensisse dici potest quàm qui tutelæ rationem ex propria persona reddere teneatur. Difficilius illud est, Si cùm se vellet quis excusare aliquo titulo nec in promptu probationes haberet, excusationis negotium fuerit dilatum, & inter moras pupilla adoleuerit, an pertineat ille ad Senatuscõsultum. Quæstio in eo est an & post pubertatem officio tutelæ iam finito excusationem eius recipi oporteat. Nam si recipitur, impunè ducere potest, Sin minùs, non rectè ducit. Papiniano placebat officio finito excusationem recipi non oportere. Præposterum enim videbatur de excusatione quæri & pronũciari eo tempore quo tutela iam finita esset. Et ideo præteriti temporis periculum ad hunc pertinere putabat Papinianus. Sed aliud Pauli iudicium est in *d. l. si quis tutor §.quid ergo si cùm.* Ratione illa quòd iniquum sit propter dilationem quæ non dolo malo (tunc enim aliud esset) sed ex necessitate contigerit, non excusari, vel excusatione recepta nuptias impediri. Quanquam vt liberè dicã quod sentio vix mihi possum imperare quin cum Papiniano sentiam. Proposuit enim ille quæstionem de eo qui se excusauit, generaliter, & indistinctè, id est, nõ adhibita illa facti distinctione, An dolo malo, an verò ex necessitate petierit dilationẽ ad probandã excusationis suæ causã. In dubio autẽ si à cõmuniter accidentibus arguere licet, vix sanè est vt non dolo malo captata dilatio sit per

L.1.C.si tut. vel curat. fals alleg. excus.sit.

d.l.si quis tutor § quid ergo si honoris.

L.1 C.si tut. vel curat. non gesser.

§ sed si propter d.l.si quis tutor.

§ quid ergo si cùm d. l. si quis tutor.

Papiniani & Pauli dissensio.

quam factum est vt tutelæ tempus priùs transierit, quàm de excusationis iure vel iniuria potuerit pronunciari, manente interea pupillo pupillâve sine tutore. Maximè cùm de excusationibus tutorum & curatorum summariè quantum fieri potest cognosci oporteat, soleátque. Quòd si proponas eam speciem incidisse in qua ex necessitate, dilationem in tam longum tempus protendi contigerit, fatebor sanè quod nec Papinianus vt puto negaret, non eo minùs admittendam esse excusationem eius cui nihil imputari possit. Sed non video quo colore possis idcirco contra Papinianum generaliter constituere admittendam huius tutoris excusationem etiam post pubertatem, & tamen verba illa *propter dilationem qua fortè non dolo sed ex necessitate contingit*, præ se ferre videntur, non esse inquirendum an dolo, an ex necessitate dilatio illa contigerit, sed sufficere ad recipiendam omnimodo & quandocunque excusationem, vt potuerit aliquo casu necessitas exigere tam lōgam dilationem: quod tamen fuerit certè iniquum. Itaque quamuis non ignorem Paulum à Papiniano in aliis plerisque iuris nostri quæstionibus facilè dissensisse, vt ex ipsius ad Papinianum notis apparet; Suspicor tamen ab iis verbis *sed mihi hoc nequaquam placet* reprehensionem Triboniani esse potiùs quàm Pauli, quem vtique credibile est rationem aliquam qua sola vinci poterat autoritas Papiniani, allaturum fuisse sumptam ex iure certo, non ex eo quod in facto euenire posset aut non euenire. Nam & in eadem lege alia multa sunt, Tribonianum multò magis quàm Paulum redolentia, vt cùm in *d. §. quid ergo si honoris* scripsit *quatenus* pro *quandoquidem* illo loco *quatenus nec huiusmodi tutela in numerum computatur*. Item cùm toties inculcat verba illa *Quid ergo si*, quater scilicet vt videas insulsè repetita: quasi non alia essent quibus instituta disputatio peragi posset. Item cùm in respondendo ad propositas quæstiones bis inculcat hæc ipsa verba *Et consequens est hoc probare*, nimirū in *§. 1. & §. vlt.* vbi multò insulsiùs & per pleonasmū Triboniano familiarē sic quæstio alia & noua cōcipitur. *Quid ergo si tutor datus prouocauit, & postea heres eius victus est? Præteriti tēporis periculū præstare debet. An verò si filius heres fuit & victus est ad orationem pertineat?* His namque verbis duplex quæstio proponi videtur, quarum prior si de alio hærede quàm de filio intelligatur, quomodo intelligi necessariò debet si à secunda distinguatur, omnino aliena est à proposita disputatione, nec ad senatusconsultum de quo agimus, aut ad Diui Marci orationem ad quam senatusconsultum factum est, vllo modo pertinet. Quòd si vna tantùm quæstio sit de victo filio tutoris qui à tutelæ datione prouocauerat, quid attinebat obsecro de quolibet tutoris herede primùm, postea de filio proponere quæstionem? An non & breuiùs & elegātiùs poterat concipi quæstio his verbis, *Quid ergo si tutor datus prouocauit, & filius idémque heres eius victus fuit, An quia præteriti temporis periculum præstare debet, ad orationem pertinebit?* Paulum verò ita potius loquuturum fuisse nemo certè dubitabit, qui diligentiùs tanti I.C. consilium obseruauerit, nisi quod tractaturus quæstionem nihil omnino commune habentem cum eo quod dixerat in vers. præcedente, Naturales liberos licet in adoptionem datos, senatusconsulto contineri non fuisset vsus illis verbis, *Quid ergo*, quibus scilicet tunc accommodatè vtimur, cùm ea connectere volumus quæ similitudinem, & vt loquuntur, dependentiam aliquam habent. Planè hunc quoque tutoris filium, qui post patris mortem

Manus Triboniani in d. l. si quis tutor, varijs locis.

mortem in causa appellationis per patrem interpositæ succubuit, ad orationē pertinere certum est, cùm, vt in lege sequitur, tutelæ rationem reddere debeat & quidem tanquam tutor & ex propria persona. Non solùm enim viuo tutore, sed & post eius mortem filius tutoris ducere vxorem prohibetur eâ cuius tutelæ rationi obstrictus pater fuit *d. l. non solum in princip.* Vbi quod magis est, addit Thryphoninus, nihil interesse an patri heres extiterit filius, an abstinuerit paterna hereditate, imò an nec heres fuerit, Vt puta si cùm suus heres esset, fuerit exheredatus, vel si cùm esset emancipatus fuerit præteritus. Nam & fieri potest, inquit, vt per fraudem siue patris, siue filij, siue, quod frequentius est, vtriusque in alium (sic enim lego non *in eum*) collocata bona patris, metu reddendarum tutelæ rationum, tandem reuocari oporteat, vt beneficio actionis reuocatoriæ competentis ex interdicto fraudatorio, de quo in *tit. quæ in fraud. credit.* perinde consulatur indemnitati pupillæ, acsi filius heres patri extitisset. Ea namque omnia quę in fraudem Senatusconsulti siue tutor siue tutoris filius cōminisci potest pro irritis haberi conuenit, sicut & aliàs dici solet de iis omnibus quæ in fraudem legum excogitata probari possunt *l. quidam 29. in fin. D. ad SC. Velleian.* Facilè autem fraudis suspicio & præsumptio subest inter coniunctas personas, maximè inter patrem, & filium propter commune votum parentum omnium, vt liberis omnia parent. *l. pen. §. sed nunquid De bon. libert.* Illud etiam constat, tametsi tutor pupillam bonis paternis abstinuerit, siue inconsultiùs id fecerit vt eo nomine debeat condemnari, siue optimo consilio, prætoriæ iurisdictionis auxilio, id est abstentionis beneficio vsus sit, quia non soluendo pater eius decesserat, nihilominùs tamen nuptias impediri, quoniam facti sui rationem reddere tutor debet, eámque probare in iudicio cuius plerumque dubius & incertus est euentus, & longè alius quàm quem sperauerat, culpæ licèt conscius sibi nullius. *d. l. non solum §. vlt.* Qua etiam ratione rectissimè constitutum est, quemadmodum ibidem Thryphoninus ait, vt non minùs qui benè & ex fide quàm qui perfidè tutelam administrauit, pupillam suam vxorem ducere prohibeatur, quia licèt nulla fraudis suspicio cadere possit in eum tutorem qui pupillam potiùs ex tutelæ administratione sibi obligauerit, non priùs tamen certò sciri potest an tutor pupillæ debitor sit, an creditor, quàm diligenter excussæ & plenissimè redditæ sint tutelæ rationes: nec semel euenit vt qui se creditorem putabat debitor tandem inueniatur. Interim igitur & incerto eo, cùm melius illud semper sit, quod est tutius, rationis fuit ita ius constitui vt nuptiæ prohiberentur, ne ex euentu redditarum posteà rationum, dissolui matrimonium necesse esset cum infamia tutoris, Est enim legibus omnibus non solùm faciliùs, sed etiam longè honorificentius ab initio prohibere ne fiat id quod si factum esset aliquo casu rescindi oporteret, quàm vt id fiat permittere, ac posteaquàm factum fuerit rescindere. Denique pro futuro habet quod veretur ne futurum sit, licèt sciat posse id etiam euenire. Nimirum vt prohibeat faciendum potiùs quàm vt factum rescindat. De illo qui cùm tutor non esset, pro tutore tamen gessit, aut etiam pro curatore cùm curator non esset, dubitatio maior est an ad SC. sententiam pertineat. Nam ad verba non pertinere certum est, cùm neque tutor sit neque curator, Sententia verò Senatusconsulti eum idcirco complecti videtur, quia tutelæ periculum ad eum perinde pertinet, itémque curationis acsi reuera tutor aut curator esset *tot. tit. De eo qui pro tut. vel curat.* D. & C. & quidem ex propria

d. l. non solū 67. in princip. D. hoc tit.

Commune votum parentum omnium.

d. l. non solum §. vlt.

Melius semper est quod est tutius.

L.pro officio 20.C.de admin.tut. ipsius persona, Ita vt vulgò creditum sit ad *l.pro officio 20.C.de admin.& peric. tutor.* ipsius quoque bona hodie non secus quàm veri tutoris aut curatoris tacitè obligata esse pro administratione. Quasi vtili actione hypothecaria in eam rem comparanda, ad exemplum hypothecariæ quæ ex legibus competit in bona veri tutoris aut curatoris, sicut & protutelæ actio comparata est ad exemplum directæ actionis tutelæ. Sed tamen aliter visum est Imperatorib. *in l.vlt.C.de interd.matrim.* quæ lex sicut præsefert ius nouum, ita probat non obscurè contrariam fuisse iuris veteris rationem. *L.vlt. C.de interd.mat.* Nouæ autem illius legis ratio ab ipsis Impp. expressa illa est *ne ex huiusmodi subtili vel maligno tractatu matrimonia seu proles ex his progenita vel dos super his data vel promissa aliquā læsionem vel calumniam patiantur.* Quibus verbis illud etiā significare videntur Imperatores, odiosum esse id Senatusconsultum quod nuptias prohibet inter pupillam & tutorem seu curatorem filiósque ipsorum, tanquam quod restringat libertatem nuptiarum. In quo tamen falluntur. Etsi enim nihil fauorabilius est nuptiis & iis legibus quæ nuptiis fauent, si generaliter loquamur, quidam tamen casus sunt, inter quos hic vnus, neque ex vltimis, in quibus multò salubrius est nuptias prohibere quàm permittere. Propter quā causam sic Impp. Seuerus & Antoninus in *l.1. C. eod.* *L.1. C. eod.* *Senatusconsulti autoritatem quo inter pupillam & tutoris filium connubium saluberrimè sublatum est, circumueniri rusticitatis & imperitiæ velamentis non oportet.* Indéque nimirum etiam fit vt id Senatusconsultum tanquā quod fauorabile censendum sit potiùs quàm odiosum, facilè recipiat extensionem, vt quamuis de filio duntaxat locutum sit, tamen porrigatur etiam ad nepotem *d l.Senatusconsulto 59.D.de rit.nupt.* quinetiam ad patrem si filiusfamilias tutor fuit *d. l. non solum 67. §.sed etsi filiusfamilias eod.* adeóque quod magis mirum est ad fratrem in eiusdem patris potestate cōstitutum, vt lex ait, non ex significatione verborum siue propria, siue impropria (etsi namque dici solet filij appellatione plerumque ac potissimum in fauorabilibus nepotē contineri *l.filij 84.l.iusta 201.De verb.sign.* quis tamen vnquā dixit, filij nomine patrem quoque & fratrem comprehendi?) sed ex rationis vt loquuntur, identitate, quia pupillam filiofamilias eidémque tutori nuptam nō est difficiliùs tutelę agere cum marito, quàm cum mariti sui patre, fratréve qui in eiusdem patris sit potestate, si patri ipsi fratrive tutores sui nupta proponatur, cùm ius patriæ potestatis efficiat vt & patris & liberorum omnium in eius potestate constitutorum vna eadémque persona esse intelligatur, vt diximus ad *Princip.7.tit.super.* Rursum quamuis verbis orationis cautum sit ne vxorem tutor pupillam ducat, nec quicquam dictum sit de sponsalibus, intelligendum tamen est sponsalia quoque prohiberi *l.tutor 15.cum l.seq. D. de sponsal.d.l.si quis tutor 60.§.quamuis De rit.nupt.* vbi ratio redditur, quia cum qua nuptiæ contrahi non possunt, ea ne desponderi quidem potest. Cur enim despondetur, nisi vt ducatur? Aut quid aliud spondet qui despondet nisi se ducturum? Etsi in vidua singulare ius est vt intra annum luctus citra periculum infamiæ sponderi possit, duci verò non possit *l.solet 10.§.1.D.de his qui notant.infa.* cessante scilicet in sponsa edicti ratione propter quam prohibitæ sunt nuptiæ intra annum luctus, id est turbationis & permixtionis sanguinis *l. liberorum 11. §.1.in fin.eod.l.decreto 15.C.eod.* quanquam reuerentia mariti facit vt pro decem men-

d.l. Senatusconsulto 59. D.hoc tit. d.l. non solū 67.§.sed etsi filiusfamilias.

L.tutor 15. cum l.seq. D.de spons. d.l si quis tutor. 60.§. quamuis D. hoc tit. l.solet 10. §. 1.D.de his qui not. inf. L. liberorū 11.§.1. eod.l. decreto 15. C.eod.

mensibus qui edendo partui sufficere possent, annus præstitutus sit si talis vir proponatur, qui luctu dignus videatur. *Vt Cuiac. tractat. lib. 10. obser. cap. 32. & De præscript. cap. 20.* Sed & finge libertinum filio suo naturali quem in seruitute susceperat postea manumisso pupillam suam eandémque patroni sui filiam in matrimonio collocasse. Non pertinebit quidem ad verba orationis & Senatusconsulti, quia licèt hic verè & naturaliter filius sit, tamen verus filius non est quod ad ius ciuile attinet cùm non ex iustis nuptiis sit natus *l. vlt. D. de iur. delib.* Sed tamen pertinet ad sententiam Senatusconsulti *l. libertinum 4. C. de interd. matr.* Ne alioqui faciliùs magísque impunè liceat liberto qui filiæ patroni sui tutelam gesserit, fraudem aduersus eam comminisci. Aliud est si quis filio suo naturali & legitimo, id est ex iustis nuptijs suscepto, quamuis in adoptionem alii dato, pupillam suam iunxerit. Hic enim Senatusconsulti non modò verbis sed etiam sententia continetur *d. l. si quis tutor 60. §. naturales De rit. nupt.* quoniam filius à patre naturali in adoptionem datus licèt inspecto Pandectarum iure exeat de patris naturalis potestate, non desinit tamen verus esse filius qualis anteà fuit. *l. pen. C. de adopt.* Vsque adeo autem filium esse sufficit, vt & adoptiuus filius Senatusconsulto contineatur, cùm veros liberos adeóque filiosfamilias non solùm natura sed etiam adoptio faciat *l. 1. D. eod. tit. De adopt.* Nisi vinculum illud quod totum iuris ciuilis est contrario eiusdem iuris remedio id est per emancipationem dissolutum proponatur, quia non quemadmodum naturæ ita & adoptionis vestigium vllum remanet post emancipationem *d. l. si quis tutor, vers. quid ergo si adoptiuus.* Inde quæritur, Si Titij filius duxerit vxorem eam quæ tua pupilla fuit, deinde Titium, vel filium eius adoptaueris, an perimantur nuptiæ, an potiùs adoptio impediatur, Et magis est matrimonium ab initio ritè iustéque contractum ex postfacto per alium vitiari non posse: Non magis quàm si puellæ nuptæ filio tuo siue in potestate tua existenti, siue emancipato, posteà curator datus esses *l. cùm proponas 3. C. de interd. matrim.* tametsi hoc etiam casu longè melius sit alium curatorem substitui, vt ea lex ait, Et consequenter admittendum est in proposito casu adoptionem impediri. Sed ita tamen si tu ipse curator factus eius puellæ cuius etiam tutor fuisti, dum eam curam geris maritum ipsius adoptaueris. Nam vbi iam alii nupta puella est, atque ita finita tutela (finitur siquidem ea ætate quæ ad nuptias contrahendas necessaria est, id est pubertate, *infr. quib. mod. tut. finit. in princip.*) vereor, inquit lex, ne longum sit hoc est longè petitum, non vt Accurs. interpretatur, à ratione remotum, adoptionem mariti eius impediri hoc vno prætextu, quasi propter hoc interponatur vt ratio reddendæ tutelæ cohibeatur, quam causam prohibitionis contrahendarum nuptiarum oratio Diui Marci continet. *dict. l. non solum 67. §. sed videamus, De ritu nuptiarum*, cuius loci sicut hunc esse rectum sensum non dubito, ita facilè suspicor locum fuisse corruptum, siue ab imperito aliquo interprete, siue quod potiùs crediderim, à Triboniano, Cui quoties sub Iureconsulti alicuius nomine suas quæstiones & opiniones proponit, familiaris est illa locutio *sed videamus an.* Familiare item ei articulo *an* diuersi temporis verba aptare vt hic factum est, quæ eiusdem esse deberent. *Sed videamus*, inquit, *an perimentur nuptiæ, an impeditur*

L. vlt. D. de iur. delib.

L. libertinũ 4. C. de interdict. matrim.

d. l. si quis tutor §. naturales hoc tit.

L. pen. C. de adopt.

d. l. si quis tutor vers. quid ergo si adoptiuus.

L. cùm proponas 3. C. de interd. matrim.

d. l. non solum 67. §. sed videamus D. hoc tit.

Triboniani manus.

adoptio. Scribendum enim erat *impedietur* Nec facilè quisquam ex prudentibus nostris ita loquitur, vt dicat perimi nuptias, sed dissolui. Nec minùs eidem Triboniano familiare est quæstionis à se propositæ decisionem sumere ex eo iure quod aliquo alio casu obtineat, & in illo iure non solùm adaptando sed etiam referendo frequenter errare. Quod hîc euenisse probant verba illa *vt in genero adoptato dictum est*, Nemo enim vnquam dixit, dissolui nuptias per generi adoptionem, sed è contrario contractis iam nuptiis talem adoptionem impediri. Id enim est quod idem Tribon. scribit in *§. inter eas hoc tit.* Si quis generum adoptare velit, debere eum antea filiam suam emancipare. Et contra si quis nurum suam velit adoptare, debere eum antea filiũ suũ emancipare. Et verò sicut priùs est vt adoptio valeat quã vt propter superuenientẽ adoptionẽ bene anteà contractæ nuptiæ dissoluantur, ita fatendum est eam iustarum nuptiarum vim esse debere vt impediant adoptionem antè quam constiterunt, & cum qua constare non possunt. Alioqui debuerat Tribòn. in *d. §. inter eas in fin.* sic scribere, *si quis generum suum sic adoptare velit vt nihilominùs nuptiæ durent*, non quomodo scripsit *si quis generum adoptare velit*. Itaque ausim dicere tollendam esse illam clausulam *vt in genero adoptato dictum est*, cùm nec fieri possit, vt gener adoptetur nisi filia priùs emancipetur. Tribonianum etiam non obscurè illud prodit, quod ad propositam quæstionem suo more sic respondet *quod magis dicendum est*. Sed illud omnium apertissimè quod sequitur, *etsi curator dum gerit curam, adoptauerit maritum eius puellæ cuius curator est.* Quod enim statim sequitur, *nam finita iam tutela & nupta puella alij, vereor ne longum sit adoptionem mariti eius impedire.* ostendit manifestè superioribus verbis non proponi nouam speciem de curatore, quasi eadem ipsius ratio sit quæ tutoris, sed eam peragi quæ priùs fuerat instituta de tutore, quem ponendum necessariò erat ex tutore factum curatorem, cùm & nupta puella, & consequenter per eius pubertatem tutela finita proponeretur, nec vlla causa subesse videretur, propter quam impediri deberet adoptio secuta ex interuallo & longo fortassis tempore post tutelam finitam, si non adoptionis quoque tempore administratio duraret, iure scilicet curationis. Et tamen cùm quæstio de te concepta esset in secunda persona ijs verbis, *deinde Titium, vel filium eius adoptaueris*, transit Tribonianus incautè vt solet, eadem retenta specie ad aliam & tertiam personam, quod vnum vel maximum & præcipuum est ex quo Triboniani manum statim agnosco. Itémque ex insulsa eorundem verborum repetitione, quæ nec hîc deest. Nam post dictionem *curator* quid attinebat subiungere *dum gerit curam.* aut saltem postrema illa verba *cuius curator est.* Scribendum potiùs erat *si modò curator factus adoptaueris maritum cuius tutor fuisti*: vt & præcedentia & sequentia conuenirent. Illud vtique mendosum est quod vulgò legitur *etsi* nullo prorsus sensu pro *si*. Denique vereor ne illud etiam Tribonianum valde prodat quod sic loquitur *ne longum sit*, pro eo quod exprimere voluit *ne sit nimis longè petitum* vt nos explicauimus. Quid ergo? inquies: An Triboniani erit tota quæstio? Minimè vt puto. Sed cùm Thryphoninus & speciem & quæstionem sanè perelegantem proposuisset, ad eam verò longè aliter, ni fallor respondisset, Tribonianus ille noster cui non placebat responsio, totam Iureconsulti sententiam corrupit & ad animi sui sensum detorsit. Videtur autem mihi Thryphoninus respondisse quod ad iuris rationem erat accommodatius, Nuptias nullomodo dissolui, sed adoptionem omnimodo & indistin-

§. inter eas hoc tit.

indistinctè impediri, hoc est non adhibita ea distinctione quæ Triboniano placuit, An adoptionis tempore finitáque iam tutela curator sit qui antea tutor fuit, nécne. Nimirum ea ipsa ratione post contractas nuptias adoptionem impediente quæ nuptias ipsas si adoptionem sequerentur, impediret: Scilicet ne ratio reddendæ tutelæ cohibeatur. Quam impediendæ adoptionis causam, non video cur Tribonianus tam longè petitam putet, ob id solùm quòd finita iam tutela adoptio facta proponeretur, cùm tutelæ ratio reddita nondum esset. Cùm enim & senatusconsultum & oratio Diui Marci non tam ad tutelã quàm ad tutelæ rationes reddẽdas respexerit, quid prodesse debeat finitam esse tutelam quandiu redditæ non sunt rationes? Aut cur illud etiã exigimus, vt idem qui tutor fuit posteà curator fiat, quò magis ad reddendas rationes obligetur, cùm iam ex tutelæ quamuis finitæ causa satis supérque sit obligatus? Alioqui multò magis possit quis dicere longè petitum quod Papin. scribit in *l. quãquam 62. §. vlt. eo.* tutorem etiam qui rationes curatori reddidit puellam suam ante constitutum ætatis eius tempus vxorem ducere non posse, Nec si mater illa ex alio matrimonio facta sit. Nimirum quoniam intra id tẽpus restitui puella potest aduersus redditas rationes, vt postea dicemus. Moueri Tribonianus debuit potiùs ex eo quod oratio Diui Marci de impediendis nuptiis tantùm locuta fuerat, non de impedienda adoptione. Sed iam dixi eo casu quo nuptiæ cum adoptione stare non possunt, senatusconsulti rationẽ & autoritatem, quæ nuptias iam bene contractas propter solam adoptãdi mariti voluntatem non magis dissoluere possit quàm impedire, vires suas in eo exerere vt subsistentibus nuptiis nondum factam adoptionem impediat, ne fiat. Siquidem nõ tam id principaliter egit Senatus vt nuptias impediret, quibus fauere potiùs vellet, quàm ne reddẽdis tutelæ rationibus fraudem fieri pateretur, quæ tamen fraus non minùs fieret per eam adoptionem de qua tractamus, quàm per nuptias si adoptionem istam sequerẽtur. Quod tamen diximus tutorem vel curatorem adultam vxorem suam ducere non posse, exceptionem vnam habet, Nisi à patre desponsa destinatáve, testamentóve nominata condicionem nuptiarum secuta fuerit *d. l. tutor* 36. vbi sic legẽdum esse rectè monuit Cuiac. *lib. 16. obser. cap. 53. ex l. non est matrimonium* 66. *eod. tit. De rit. nupt. l. pater Seuerianam* 101. *in princi. De condic. & demonstr. l. qui pupillam* 7. D. *ad leg. Iul. de adult. l. filius* 28. §. *si eo tempore* D. *de lib. & post. l. si patris* 6. C. *de interd. matr. l. 1. circ. fin. C. si nupt. ex rescript. pet.* Solet enim legis prohibitio ferè semper excipere iudicium paternum, *l. 4. C. de sponsal. & arr. sponsalit.* Vt & euenit cùm agitur de alienatione prædiorum pupilli vel minoris sine decreto facienda *l. 1. D. de reb. eor. qui sub tutel. l. 3. C. quand. decret. opus non est*, licèt aliquãdo etiam à patris iudicio recedatur *l. ita autem* 5. §. *pen. D. de adm. tutor. l. 1. §. 1. D. vbi pupili. educ. deb.* Quid ergo si pater in arbitrio matris esse voluerit cui nuptũ filia cõmunis collocaretur? Nõ eo magis licebit matri eligere tutorẽ filiæ datũ, Neq; enim intelligitur pater de persona tutoris cogitasse, cùm ideò maximè prætulerit matrem, ne filiæ nuptias tutori committeret quem is ipse filiæ dederat eodem testamento, vt eleganter & subtiliter Papinianus respondit in *l. quã quam 62. De rit. nupt.* Tutori autem vel curatori eiúsve filio adultam vxorem ducenti non illa solùm pœna constituta est, vt neque matrimonium illud sit, neque illa vxor, neque liberi qui ex ea coniunctione suscepti sunt *d. l. non est matrimonium 66. eod. d. l. si patris 6. C. de interd. matrim.* itémque vt adulterij reus

L. quanquã 62. §. vlt. D. hoc ti. de ri. nup.

d. l. tutor 36. hoc tit. l. non est matrimoniũ 66. eod.

l. 4. C. de sponsal. & arr. sponsalit.

d. l. quamquam 62. hoc tit. d. l. non est matrimonium. L. si patris 6. C. de interd. matr.

L. qui pupil-lam 7. D. ad leg. Iul. de adult.

L. libertum 64. in princ. l. libertū 37. d. l. nō est 66. §. vlt. D. hoc tit. De rit. nupt.

L. si tutor 7. C. de interd. matr.

L. liberorū 11. §. vlt. D. de his qui not. infam.

postulari possit *d. l. qui pupilllam 7. D. ad leg. Iul. de adult.* quin etiā relegandū sit si proponas libertum eundémque tutorem pupillæ, sibi eam filióve suo in matrimonium collocasse *d. l. l. bertum 64. in princip.* (tantò magis enim peccat libertus, quanto patronæ suæ fidelior, & obseruantior esse debet. Nam nec liberto curatoris licet eam ducere vxorem cuius res curator administrat *l. libertum 37. d. l. non est 66. §. vlt. eod.*) sed illa etiam vt ipso iure sit infamis: veluti confessus de tutela, cū non credibile sit eum laborasse, vt huiusmodi coniunctione tegeret fraudem administrationis, inquiunt Impp. in *l. si tutor 7. C. de inter. matrim.* Confessus enim pro iudicato est, quandoquidem sua quodammodo sententia damnatur *l. 1. l. certum 6. D. de confess.* Constat autem infamia notari ex edicto prætoris eum maximè qui tutelæ iudicio sit condemnatus *l. 1. l. furti 6. §. pen. D de his qui not. infam.* Nec tantùm tutor ipse aut curator infamis fit sed & filius, si nostris credimus, siue in potestate manens, siue emancipatus, tametsi iussu patris duxerit vxorem *d. l. non est matrimonium.* Is enim vulgo creditur esse sensus eorum verborum *quo facto vterque infamatur.* Quibus tamen obiicitur, quod scriptum est in *l. liberorum 11. §. vlt. D. de his qui not. infam.* excusari filium qui iussu patris in cuius erat potestate vxorem duxit, quam alioqui ducere non licebat, ipsum verò patrem qui duci, vel iussit, vel passus est notari. Etsi enim non tractatur eo loco de tutoris aut curatoris filio qui patris sui adultam duxerit vxorem, sed de illo qui viduam intra luctus annum duxit, ratio tamen quæ apud Vlpian. sequitur, generalis est, *Vtrumque rectè*, inquit, *nam & qui obtemperauit venia dignus est, & qui passus est ducere notari debet ignominia.* Idque adeò verum est, vt qui iussu patris duxit quamuis liberatus patria potestate eam retinuerit, tamen non notetur, vt in *l. seq.* subiungitur ex Paulo. Qui cùm sit etiam autor *d. l. non est matrimonium*, probabile mihi fieri non potest in hac fuisse illum sententia vt crediderit filium tutoris infamia notari, ob ductam vxorem adultam patris sui, idipsum, siue iubentis, siue permittentis, Nec si post solutam quoque patriam potestatem, & post legitimos annos eam retinuerit. Est enim hic casus longè diuersus ab illo ad quem accommodatur ea exceptio in *l. qui contra 4. C. de incest. & inutil. nupt.* quoniam licèt ea lex ad omnes illos pertineat qui contra legum præcepta vel contra mandata constitutionésque Principum, nuptias contraxerint, in quo numero hic quoque filius, de quo agimus proculdubio continetur, Nō tamen tractat de pœna infamiæ, sed amissionis lucrorum nuptialium, quæ tanquam indigno ablata, fisco sunt vindicanda. Nam infamiæ alia ratio est ne in proposito casu, tutoris vel curatoris filio debeat irrogari, cùm non tam in pœnam contractarum nuptiarum irrogetur, quàm quòd is qui tales nuptias contrahit, de tutela confessus & consequenter iudicatus habeatur. Atqui tutelę iudicio damnatus non aliter ex edicto fit infamis quàm si proprio nomine non etiam si alieno condemnatus sit. Generale siquidem est vt si quis alieno nomine quacunque de re condemnatus fuerit non laboret infamia *d. l. furti 6. §. si quis alieno D. de his qui not. infam.* vbi ex hoc infertur neque procuratorem meum, neque defensorem vel tutorem, vel curatorem, vel heredem meum furti, vel ex alia simili specie condemnatum infamia notari. Vnusquisque enim ex admisso suo sorti & pœnę subiicitur, nec alieni criminis successor constitui debet, vt pœnā alteri debitā patiatur *l. crimen 26. D. de pœn. l. sancimus 22. C. eo.* Porrò ex causa tutelæ vel curationis quā pater gesserit, nō aliter cōdēnari filius potest

L. qui cōtra 4. C. de ince. & inutil. nupt.

L. furti 6. §. si quis alieno D. de his qui not. infam.

potest quàm si patris heres proponatur. Cõsequẽs igitur est vt ob huiusmodi nuptias neque viuo patre infamis fiat, cùm eo tempore patris heres esse non possit *l.1.D.de hered vel act.vendit.l.1.D pro hered.* neque eo mortuo tametsi heres patris proponatur, cum eo quoque casu futurum sit vt non nisi alieno id est defuncti patris nomine de tutela, vel cura cõdemnetur. Quãquam enim aliquando euenit vt heres quoque proprio nomine condemnetur ex causa infamiam irrogante, atque ita infamis fiat, vt puta in deposito & mandato si malè ipse versatus sit, Nunquã tamen in tutela, vt nec in societate fieri potest vt suo nomine dãnetur heres, quia neque in tutelam, neque in societatẽ succedit, sed tantùm in æs alienum defuncti *d.l.furti §.illud planè.* Quid igitur, inquies, sibi volunt verba illa Pauli in *d.l non est matrimonium.quo facto vterque infamatur?* Respondendum est dictione illa *vterque* non patrẽ & filium, vt vulgo creditur significari, sed tutorẽ & curatorem. De vtroque enim dictũ fuerat in præcedẽtibus & *d.l.tutor 36.eo.*& quãuis senatusconsultum non nisi de tutore tutorisque filio locutum esse videatur, *arg.d.l.senatusconsulto 59. eo.* tamen ad curatorẽ quoque protractũ fuit per interpretationẽ, ex rationis, vt sæpius diximus, identitate *d.l.si tutor 7.C.de interd.matr.* Etsi parũ hoc refert scire, an ex verbis an ex sentẽtia senatusconsulti ius hoc inductũ sit. Similiter quod sequitur apud Paulum *& pro dignitate pupillæ extra ordinẽ coercetur*, ego sic intelligo vt vterque tam curator quàm tutor extraordinaria & arbitraria pœna pro dignitate pupillæ coerceatur, non vt etiam cum patre filius qui proculdubio venia omnino dignus est cùm patri obtemperauerit *d.l 1.§.vlt.& l.12. De his qui not. infam.* An siue sui iuris filius fuerit, siue in patris potestate? Id enim consequens videtur ei quod in *d.l.non est*, Paulus scribit nihil interesse an filius sui iuris, an in patris potestate sit, Sed non ita est. Ei nãque demum filio ignoscendum est qui vinculo patriæ potestatis obstrictus, non potuit patri non parere *d.§. vlt. l.is damnum dat 169. De regul.iur.* quod in emancipato secus est qui licèt reuerentiam quoque & obseruantiam patri debeat sublato etiam vinculo potestatis *l.4.D.de curat.furios.l.4.C.de patr.potest.* non potest tamen iuberi à patre eam ducere vxorem quam duci leges vetent. Pauli verò in verbis supradictis sensus ille est cùm de patre tutore vel curatore infamia notando aliterve coercendo agitur ob pupillam, vel adultam cum ipsius filio nuptui collocatam, nihil referre an filius sui iuris sit an emancipatus. Vtroque enim casu eadem patris, quamuis non etiam filij culpa est: & ideo vterque casus ad senatusconsultum & Diui Marci orationem pertinet. In quo tamen dubitationem cuipiam facere illud fortassẽ possit quod alibi sæpius diximus filium emancipatum ne pro filio quidem haberi iure ciuili, vt proinde ad senat. sconsultum quod non nisi de filio locutum est minimè pertinere videatur. Sed in contrarium multa faciunt ne hac parte distingui possit filius emancipatus ab eo qui sit in potestate. Primùm quia licèt iure ciuili pro filio non habeatur, nisi quisquis filiusfamilias est, tamen reuera & naturaliter filius manet cùm naturalia iura corrumpi per ciuilia non possint *§.vlt supr. De iur. nat.gent. & ciuil.* Et ob id in omnibus edicti prætorij partibus pro vero filio habetur. Deinde quia senatusconsultum non de filiofamilias aut suo herede locutum fuit, quæ sunt nomina iuris ciuilis, sed personam filij naturaliter designauit, id est per nomen filij, *l.tutelas 7. in fine principij D. de capitis minutione.* Emancipatus verò, vt diximus, non eo minùs verè ac naturaliter

d.l. furti §. illud plane.
d. l. non est matrimoniũ 66. D.hoc ti. De rit. nup.
d.l tutor 36. eod.
d. l. si tutor 7.C de interd.matr.

l. peto 69. §. vlt. de lega. 2.

filius est, licet non de familia *l. peto 69. §. vlt. De legat. 2.* Postremò quia prohibendarum nuptiarum eadem ratio est in filiofamilias & emancipato, Non quòd filiofamilias perinde ac emancipato liceat rationes exigere à patre, in eáque rem agere contra patrem, Sed quia non sit dubitandum quin fraudis consilium cum filio etiam emancipato iniisse præsumatur pater, sciens futurum vt difficilius tardiúsque de gesta tutela conueniatur à filio quàm ab alio quolibet puellæ marito, Itémque vt etiamsi fortè conuenietur, non in plus tamen quàm facere possit ei condemnetur, qui tamen & pupillæ & alij cuilibet ipsius marito in solidum condẽnaretur *l. sunt qui 16. D. de re iudi.* Denique paterni nominis adfectio & ratio sanguinis elicit facilè vt inter patrem & filium in necem pupillæ quam filio emancipato pater iunxerit collusum esse intelligatur *d. l. non solùm 67. in princip. De rit. nupt. l. penult. §. sed nunquid De bon. libert.* Planè mortuo patre, non posset filius siue in potestate retentus, siue emancipatus notari infamia quamuis adultam patris sui vxorẽ duceret, nisi in effectu patris heres proponeretur, vel per immixtionem si suus esset, vel per aditionem si emancipatus, si fieri posset, vt nulla hîc fraudis suspicio subesset, cùm in hoc filio cessent verba non minùs quàm sententia senatusconsulti. Nõ enim prohibuit senatusconsultum filio tutoris aut curatoris ne patris sui adultam vxorem ducat, sed ipsi tutori, ne pupillam, vel filio suo, vel sibi nuptum collocet *d. l. senatusconsulto 59. De rit. nupt.* Sed tamen quia fraudis suspicio subest, eáque maxima, necesse fuit recedi ab hoc tractatu, vt suprà diximus ex *d. l. non solùm in princip.* Quod si proponas filium emancipatum patri heredem esse, alia ratio est ob quam senatusconsultum ad eum quoque pertinet, quamuis per emancipationem extraneus fuerit cõstitutus, quia & ad heredem extraneũ pertineret. Vt diximus ex *d. l. libertum 64. §. 1. eod.* Tempus autem constitutum intra quod nuptiæ istæ prohibitæ sunt, diximus esse ad annum vsque vicesimum sextum completum, aut quod idem est vicesimum septimum ex *d. l. non est matrimonium & d. l. qui pupillam 7. D. de adult.* Nimirum eo casu quo etiam ante vicesimum quintum annum redditæ sint tutelæ rationes. Alioqui quandiu redditæ non sunt, nec si quadragesimum annum quondam puella excesserit, nuptiæ permittuntur subsistente scilicet ac durante semper causa prohibitionis. At redditis rationibus, expectandũ est vt exactus sit non solùm quintus & vicesimus annus, intra quẽ potest minor quilibet ac cuiuscũq; sexus mereri beneficiũ restitutionis in integrum si qua in re læsus proponatur, sed & annus vtilis non nisi ex vicesimi quinti finiti tempore vtiliter computãdus, quia intra vtilem illum annum restitutio impetrari potest aduersus ea quæ in minori ætate malè gesta sunt *d. l. si patris 6. C. de interd. matr. l. intra vtile 39. D. de minor.* Ergo cùm hodie in vicem veteris illius anni vtilis substitutum sit quadriennium continuum ex Iustiniani constitutione in *l. vl. C. de temp. in integr. restit.* pro vicesimo sexto anno substituendus est annus vicesimus nonus, quod & interpretibus nostris bene placet. Verùm illud quoque addi vellem, non simpliciter & indistinctè substituendum annum hunc vicesimum nonum pro vicesimo sexto, sed ita demum si ex die completi vicesimi quinti cœperit quadriennium illud posse currere. Certi namque iuris est esse id vtile initio inspecto licèt sit continuum ex postfacto *d. l. vlt.*

d. l. nõ solùm in princip. l. pen. §. sed nũquid De bõ. libert.

L. senatusconsulto 59. De rit. nupt.

d. l. si patris 6. C. de interd. matr. l. vlt. C. de tempor. in integr. restit.

ILLA-

ILLAT. XII.

De nuptiis prohibitis cum oriunda ex ea prouincia quam quis administrauerit.

DVodecimò ex eodem Principio fit, vt nō sit matrimonium si is qui officium in aliqua prouincia administrat vxorem duxerit inde oriūdam vel ibi domicilium habentem, quia huiusmodi matrimonium mandatis Principum interdictum est *l. si quis officium* 38. *De rit. nupt.* Vbi tamen Paulus addit sponsalia non prohiberi, Ita scilicet vt si post officium depositum noluerit mulier nuptias contrahere liceat ei hoc facere, arris tantummodo redditis, quas acceperat. Quod ipsum tamen abrogatum & immutatum fuit constitutione Imperatorum Gratiani, Valent. & Theod. in *l. vni. C. si rect. prouinc. vel ad eum pertin. sponsalit. deder.* quæ induxit vt talibus contractis sponsalibus, siue sponsa, siue parentes eius mutent voluntatem, non modò iuris laqueis liberentur, id est ab ea obligatione quæ verbis contracta sit, pœnæque statutæ sint expertes, sed etiam data sibi pignora lucratiua habeant & impunè retineant. Prohibitionis autem huius ratio exprimitur tam in *d. l. vnic.* quàm in alia eorundem Imperat. constitutione quæ vnica etiam est sub *tit. C. si quacunque prædit. potest.* Ne quis siue ordinariæ, siue alterius cuiuslibet potestatis occasione abutatur, minacémque feruorem suum exhibeat ad eiusmodi nuptias contrahendas inuita muliere aut inuitis cæteris, de quorum re & vtilitate vel incommodo agitur. Sed & aliæ pœnæ eadem lege constitutæ sunt aduersus eos qui minacē illū feruorē exhibere aut exhibuisse detegantur. Nec enim alter iis pœnis locus est quàm si minę probētur, quas tamē probari necesse nō est quod ad hoc vt matrimoniū aduersus mādata legésque contractū pro nullo & iniusto habeatur. Siquidē sufficit vt qui in publica potestate atque honore administrandæ prouinciæ positus est, possit esse terribilis aut parentibus, aut tutoribus, aut curatoribus, aut ipsis etiā mulieribus quę contracturæ sunt, vt ait *d. l. vnic. Si rect. prouinc.* Quæ ratio facit vt non solùm ad ipsos administrātes ea prohibitio pertineat, sed etiā ad filios nepotésq; ipsorū. Imò & ad propinquos & participes, hoc est consiliarios domesticósque quibus tamen operā dedisse administrator probetur. Nō enim sicut filius nepósve, sine consensu patris aut aui nuptias contrahere prohibetur, ita & rectoris prouinciæ cōsiliariis domesticísque necesse est rectoris volūtatem habere ad nuptias ineundas, ob idque nec eorū nuptias ob solius rectoris non se interponentis personā impediri æquum fuit, neque rectorem innocentem ob eorū nuptias notari. Ex hac autē prohibitionis ratione intelligimus prouinciæ rectorē nō prohiberi in ea prouincia vxorē ducere sponsam suā veterem, id est quā despōderat ante susceptum officium administrationis, quia sponsalia præcedētia ostendunt consensum ex quo æstimantur nuptiæ liberum fuisse nō per impressionē metúmve extortum. Atque ita cessat hoc casu ratio prohibitionis, cū id vnū legislator cauendum putauerit ne rectores prouincię vxores eas ducerent, quę quarúmve parentes vel tutores, aut curatores contradicerent, aut etiā potestatis metu contradicere non auderent. Quā potentatus rationem eleganter & breuiter vocat Papin. in *l. præfectus* 63. *De rit. nupt.* addens speciem hanc pupillæ cōparandā esse, id est quod ad hoc vt matrimoniū impediatur nullóque modo contractum dici possit, parū interesse an puella suo tutori nubat, an alia

L. si qui officium 38. De rit. nupt.

L. vnic. C. si rect. prouin. vel ad eum pertin. sponsalit. deder.

Ti. C. si quacumque prædit. potest.

L. præfectus 63. D. rit. nupt.

mulier quælibet prouinciæ suæ aut in qua domicilium habeat, rectori, vtroque enim casu matrimonium est interdictum, licèt non eadem ratione. Ex quo subinde Papinianus quærit, An huic quoque mulieri quæ præfecto cohortis vel equitum aut Tribuno contra interdictum nupsit, si virgo nupserit, non sit auferendum quod ei testamento relictum est exemplo pupillæ nuptæ tutori. Nam si tutor pupillam suam contra senatusconsultum vxorem duxerit, ipse quidem ex testamento eius capere nihil potest, sed ipsa potest. Delinquunt enim qui prohibitas nuptias contrahunt, & meritò puniendi sunt quod imputari non potest mulieri quæ à tutore decepta fuit, vt bene ratiocinatur Marcianus in *lege vltima De leg.1.* Et sanè non alia videtur ratio esse mulieris ei nuptę cui vel contradixerit apertè, vel contradicere ausa non sit. Quid enim refert an mulierem quis deceperit, an coegerit? Nam & vis omnis iustúsque metus habet in se dolum ex parte metum inferentis. Atque ita accipio quod de huiusmodi casibus exæquandis scriptum est in *l.2.§.1.D.de his quæ vt indign.* sed si mulier vltro nupserit rectori, vt puta si condicionem eius & coniunctionem prior quæsierit, longè difficilius est vt ei subueniatur. Quomodo enim decepta, vel potentatus metu coacta dici potest ea quæ sponte & vltro tales ambiit nuptias? Proinde cùm negari non possit eam deliquisse & contra leges contraxisse, hactenus certè puniri eam æquum est vt non magis ex testamento viri capere possit quàm vir ex testamento ipsius. Húncque Papiniani sensum esse puto in *d.l.præfectus vers. sed hanc huic quoque*, licèt verba meo iudicio corruptissima longè alium præseferant. Scriptum enim est *si virgo nupsit* pro eo quod scribi debuisse puto *si vltro nupsit.* Quid enim attinebat hîc de virgine quærere cùm legis prohibitio ista ad omnes omnino mulieres pertineat cuiuscumque sint condicionis & sortis, vt loquitur *d.l.vnic. C. si quacumque prædit.dignit.* id est siue pupillæ, siue apud patrem virgines, siue viduæ erunt, siue sui iuris viduæ, vt eadem lex explicat, quæ tamen quod ait *pupillæ* non de impuberibus accipiendum est, quæ scilicet per ætatem prohibentur, ne cum quoquam matrimonium contrahere possint, *l.hæc condicio D. de condic.& demonstr.l.sancimus 24 C.de nupt.* sed de puellis virginibus sine patre, vt antithesis illa demonstrat, *siue apud patrem virgines*, etsi non nego perinde, imò multò magis puniendum esse rectorem prouinciæ si puellã impuberẽ necdum viripotentem quasi nuptam in domum suam deduxerit, licèt nullo iure, vt in *d.l.hæc condicio.* Quòd si virginem pro impubere apud Papinianum accipias cum Iacobo Cuiacio *lib.6.obser. capit.16.* non solùm illud obstabit quod modò diximus cum impubere matrimonium contrahi numquam posse, sed etiam quod statim eandem mulierem vocat Papin. quâ appellatione non alia virgo quàm quæ viripotens sit continetur *l.mulieris 13. De verb signific.* viripotens autem esse non creditur quæ duodecimum annum non impleuit, quod tẽpus idcirco ex parte mulieris definitum est & præstitutũ matrimoniis contrahendis *l.quæsitum 9.l.in sponsalibus 14.D.de sponsal.l.4.D. de rit.nupt.* Non quod impleto anno duodecimo semper sit viripotens (facilè namque eueniat vt non sit, ob idque in longius tempus matrimonium differri oporteat si non ex corporis, sed ex oris aspectu & habitu tam euidens illud sit vt non egeat probatione) sed ne ante duodecimum annum pro viripotente haberi debeat, quamuis reuera sit viripotens, quoniã periculosa malitque

L.vlt.De legat.1.

L.2.§.1. De his quæ vt indign.

§. sed an huic quoque dict.l.præfectus.

d.l.vnic. C si quacunque pradit. potest.

L.hæc condicio De condic. & demonstr.

L.quæsitum 9.l. in sponsalibus 14. D.de sponsal.l.4. D. hoc tit.

quæ exempli res esset, ne dicam infamis, si facto & conatu ipso quasi malitia, interdum vt aiunt ætatem supplente, idipsum exploraretur. Quare nec eam quæ ante duodecimum annum in mariti domum tanquam vxor traducta est pro vxore tamen habere possumus, nisi duodecimo demum anno completo *l. cum hic status* 32. §. *penult. D. de donat. int. vir. & vxorem. l. quæsitum* 17. *in fin. De reb. aut. iud. possid.* licet adulterium in eadem mariti domo commiserit *l. si vxor* 13. §. *si minor D. ad legem Iuliam de adulteriis*, cùm tamen vix esse possit, vt adulterium committat puella quæ viripotens non dum sit. Indéque etiam est quod cùm de masculo loquimur, qui ad pubertatem peruenerit, ita loqui solemus *si pubes factus erit*, vel *si in tutelam suam peruenerit l. quoties* 9. §. 1. *De admin. tut. l. vltim. D. de iur. delib. l. cum filiofamilias* 50. *De legat.* 3. Cùm autem de puella *si viripotens fuerit*. vt loquitur Iustinianus *in princip. huius titu.* & edictum prætoris relatum ab Vlpiano in *l. hæc autem* 5. §. *ait prætor D. quibus ex causis in possess. eat. d. l. pater Seuerianam* 101. *De condic. & demonstrat.* Etsi enim commune illud erat masculis & fœminis, vt tutela pubertate finiretur, pubertatem tamen aliter in masculis, aliter in fœminis æstimabant. In masculis enim erant qui ex corporis habitu æstimari eam debere putarent, Erant qui decimoquarto anno eam præcisè ac indistinctè concluderent, quorum sententia sicut publicæ honestati conuenientior, ita & receptior apud veteres prudentes & à Iustiniano tandem comprobata fuit, vt dicemus ad *titu. Quib. mod. tutel. finit.* At in fœminis æstimandam esse pubertatem ex habitu corporis nemo vnquam dixit. Tantum abest, vt esse quisquam potuerit, qui diceret posse puellam viripotentem esse, aut an viripotens esset, probari ante annum duodecimum impletum, quemadmodum Iustinianus eo loco scribit. Ergo cùm Papinianus in *d. l. præfectus*, loquatur de muliere adeò que de nupta, id est quæ vxor iusta esse posset si legis & mandatorum interdictio non obstaret, non potest recipi interpretatio Cuiacij existimantis de puella impubere accipiendum esse quod lex ait de virgine. Sicut & certum est quod ibidem Papinianus tractat de pupilla nupta tutori, non de illa accipi debere quæ sit minor annis duodecim, quia nec alij vlli magis quàm tutori nubere posset, sed de illa quæ pupilla fuit quam & adultam aliis locis Iureconsulti vocant. Cùm igitur dictio illa *virgo* nullius sensus sit, non video cur pertinacius vulgarem lectionem tueri debeamus, secundum quam si recta esset, aliud in fœmina non virgine, aut in pubere admittendum esset. Cur enim de virgine tractat Papinianus si idem est in non virgine? Cur de impubere si idem est in pubere? Sed etsi dicendum esset mutari personam cùm priùs actum esset de vxore ducta, nunc verò de illa ageretur, quæ nec duci, nec vxor esse posset. Porrò personam non mutari, sed tantùm quod ad mulieris voluntatem mutari casum ostendunt apertè verba illa *sed an huic quoque*. Priùs enim actum fuerat de illa quæ nupserat potentiæ metu, nunc verò de illa quæ vlt o & sponte. Sed tamen videtur quoque mihi in eo Papiniani versiculo mendum subesse, ac deesse negationem quæ reponenda sit ante verbum *potest*. Nam, vt iam duximus, ratio nulla est ob quam exemplo pupillæ tutori nuptæ debeamus fauere mulieri quæ vltro rectoris prouinciæ nuptias contra leges & mandata Principum expetiuit. Atqui dicat

L. cùm hic status 32. §. *pen. D. de donat. int. vir. & vxor.*

L. quæsitum 17. *in fin. De reb. autor. iudic. possid.*

L. si vxor 13. §. *si minor D. ad leg. Iul. de adul.*

L. hæc autẽ 5. §. *ait prætor D. quib. ex caus. in poss. eat. l. pater Seuerianam* 101 *De condic. & demonstr.*

Differentia sexus in pubertate æstimanda.

d. l. præfectus 63. *D. hoc tit. De rit. nupt.*

Mẽdũ apud Papinianũ.

aliquis, verba illa *exemplo pupillæ nuptæ tutori* quæ nos retinemus, non patiuntur vt hanc addamus negationem. Siquidem indubitati iuris est pupillam tutori nuptam licèt contra senatusconsultum, ex ipsius tamen testamento capere posse *d.l.vlt.de legat.1.d.l.2.§.1.De his quæ vt indign.* Et hoc nimirum est quod primum fefellit eum qui negationem sustulit, & quod deinde fecit ne ad mendum hoc alij interpretes animaduerterint. Cùm potiùs obseruare debuerint, eorum verborum hunc veriùs sensum esse, vt quamuis proximè dictum sit, hanc speciem pupillæ comparandam esse, quod ad hãc rem tamen attinet non sit rectum exemplum, quod & dictio illa aduersatiua *tamen* non obscurè demonstrat acsi scriptum esset, non posse mulierem hanc quæ vltro nupsit rectori contra mandata obtendere exemplum pupillæ tutori nuptæ, vt, quemadmodum illa, quod sibi ab iniusto viro relictum est consequatur, Propter eam nimirum differentiæ rationem quam attulimus, quòd non deliquerit, idcóque nec punienda sit puella, quæ à tutore decepta est, Deliquerit verò & consequenter punienda sit hæc quæ rectori vltrò nupsit. Idémque probat apertiùs ni fallor, quod apud Papinianum sequitur, *Pecuniam tamen in dotem datam mulieris heredi restitui æquum est.* Hic enim versiculus per eandem aduersatiuam dictionem *tamen* conceptus, & exprimens eam sententiam quæ ad mulieris, de qua agimus, fauorem respiciat, ostendit manifestè prioris versiculi sensu aliquid contineri quod contra mulierem sit, non pro ipsa. Alioqui si prior versiculus ille & pro muliere & affirmatiuè conceptus esset, debuerat in posteriore ita scribi *Pecuniam quoque* non *tamen*. Nihil autem potuit ad propositam quæstionem contra mulierem responderi, nisi hoc ipsum quod nos volumus, Non esse illi permittendum, vt quod sibi testamento rectoris relictum est, consequatur. Et verò longè facilius est, vt mulier incapax sit relicti quàm vt dotem amittat, Non solùm quia dotis amissio non tantùm mulieri noceret, sed etiam viro prodesset qui dotem à se acceptam restituere obligatus est, cui tamen delictum suum prodesse non oportet, Verùm etiam quia mulier quæ dotem amitteret damnum incurreret, quæ verò liberalitatis sibi relictæ incapax fit, lucrum duntaxat amittit. Accedit, quòd non modò mulieris interest, sed & reipublicæ dotem saluam esse *l.interest 16.D.de reb. autor. iudic. possid. alias l.3. De priuil. credit.* Nec est contrarium quod idem Papinianus scribit in *lege dote 61.eod.tit.* De *rit.nuptiar.* dotem propter illicitum matrimonium fieri caducam, Quod & Paulus tractat in *dicta l.si quis officium 38.§. 1.eod.* cùm ait, non fieri caducam dotem datam ei qui veterem sponsam suam duxit vxorem in ea prouincia quam administrat. Id enim non in odium mulieris inductum est, sed in odium mariti, cui dos, si caduca non fieret, acquireretur. Et pœna mariti potissimùm in eo consistit, vt non eo minùs cogatur mulieri reddere dotem quam amisit, & quæ ad filiũ peruenit. Mihi tamen dubitationem illud facit apud Papinianum, quod loquitur de dote mulieris heredi restituenda, cùm tamen non mulierem, sed maritum ponat in præcedentibus, decessisse. Non enim quærendum esset an consequi mulier deberet quod ei vir iniustus testamento reliquisset, si non secuta viri mors proponeretur. Itaque hunc etiam versiculum corruptum esse arbitror, & sic emendandum vt legamus *Pecuniam tamen in dotem datam mulieri heredem restituere necesse*

l. dote 61. eod. tit. De rit. nupt. d. si quis officium 38.§.1. eod.

Aliud mendum apud Papin.

necesse est, nato verisimiliter errore ex eo quod ita fortasse scriptum erat, vt fieri passim solebat, paucioribus literis *Mulier. hered. restit.* Quamquam si quis totam hanc secundam illius legis partem à Triboniano potiùs quàm ab interprete aut librario corruptam fuisse diceret, ego non valde repugnarem. Ab illis enim verbis *cùm ratio potentatus nuptias prohibuerit* nihil video siue verba siue sententiam considero quod dignum sit elegantia Papiniani, cui nec moris est in libris præsertim Definitionum, ita quæstionem concipere, & talibus verbis qualibus hæc concepta proponitur *sed an huic quoque si vltrò nupsit non sit auferendum quod testamento relictum est deliberari potest.* E contrario fuit mos iste loquendi Triboniano familiaris. Mouet me, etiam insulsa illa inculcatio dictionis *tamen* prodens infantiam hominis non satis facilè feliciterque animi sui sensum verbis exprimere valentis, quod an Triboniano an Papiniano magis conueniat, iudicium esto eruditiorum. De illo planè non dubito quin Papinianus quæstionem subiecerit de muliere quæ vltrò nupserit viro in ea prouincia officium gerenti, Capta nimirum occasione ex præcedentibus iis verbis *quæ species pupillæ comparanda est.* Nã vt alibi sæpe monuimus totus in eo passim est Papinianus vt singulares casus perquirat, in quibus aliter respondendum sit, quàm prima facie vel ex iuris communis ratione, vel ex aliis quæ ab eodẽ ipso Papiniano cõstituta sunt, respõdẽdũ esse videatur. Neque rursus apud me dubiũ est quin ad eã quæstionẽ aliis quidẽ verbis quã nos, sed eo tamen sensu quẽ nos exposuimus responderit, Et aliter fortasse quàm Tribonianus respondendum crediderit, cui nihil vnquam fuit antiquius quàm vt semper plus æquo mulieribus faueret non modò si de dotibus, quod esset tolerabilius, sed & si de quouis alio ipsarum commodo ageretur. Nec sanè laborandum magnopere putaremus, vt ex iuris ratione locus hic restitueretur si in confesso esset Papiniani sententiam ab Triboniano corruptam fuisse. Nihil enim est tam alienum à iuris ratione, quod non admittã libentissimè à Triboniano scriptum esse, scribíque potuisse. Sed non possum pati, vt Papiniano adscribatur ea sententia quæ nec verbis elegantibus expressa sit, nec ad iuris rationem accommodata. Verum de illius loci interpretatione ac emendatione iam satis. Superest vt concludamus, quod diximus parum interesse an tutor puellam suam vxorem duxerit an prouinciæ rector prouincialem, propterea quòd vtroque casu nullum & iniustum sit matrimonium, hanc primùm exceptionem admittere de qua hucusque diximus, quòd in prouinciali nupta rectori prouinciæ distinguendum sit an potentiæ metu nupserit an vltro & sponte, quæ distinctio in puellam tutori vel curatori suo nuptam non cadit, quia etiamsi maximè constaret ab ea primùm expetitas nuptias tutoris sui vel curatoris, lex tamen præsumeret calliditate & illecebris subdolis tutoris vel curatoris allectam illam vt eum sibi eligeret in virum, nunquam electuram si is tutor curatórve nunquam fuisset, At prouincialem mulierem quid prohibet ambire ac expetere nuptias rectoris prouinciæ quem nunquam fortasse viderit, nunquam allocuta fuerit ante illum diem? Aut quænam in eo contra rectorem prouinciæ doli præsumptio verisimilis esse potest? Etsi non eo minùs peccat ille contra leges, matrimonium contrahendo quod ipse sciat aut scire debeat, mandatis Principum districtissimè ac indistinctè sibi esse interdictum. Sed & alia exceptio subiicienda insignísque differentia inter hæc duo genera nuptiarum prohibitarum. Nam nuptiæ inter eam quæ pupilla vel adulta

Triboniani manus.

Differentia adultæ & prouincialis mulieris quod pertinet ad nuptias interdictas.

Alia differentia inter

hæc duo genera nuptiarum prohibitarum. L. si patris 6. & seq. C. de interd. matrim.

fuit & tutorem curatorémve ipsius aliquémve ex eorum liberis contractæ vsque adeò inualidæ ab initio & nullæ sunt, vt nunquam conualescant, nec si mulier post annum vicesimum sextum aut vicesimum nonum in eius matrimonij figura perstare & senescere velit. *l. si patris 6. & seq. C. de interdict. matrim.* At quamuis contra mandata Principum contractum sit in prouincia dummodò consentiente muliere matrimonium, tamen post depositum officium si in eadem voluntate mulier perseuerauerit, iustæ nuptiæ efficiuntur, & ideo posteà susceptos liberos tanquam natos ex iusto matrimonio, legitimos esse placuit *l. etsi contra 6. C. de nuptiis, l. eos qui 65. §. 1. D. de ritu nuptiarum.* Cuius differentiæ ratio hæc est, quòd priore casu nunquam cessat ratio prohibitionis quæ ab initio fecit ne matrimonij vinculum contrahi posset. Non enim fieri posset vt constante matrimonio is qui verus maritus esset aut ad rationes reddendas vrgeri posse videretur, aut vltro eas ex bona fide reddidisse crederetur, quantumuis mulier consentiret, quia maritalis verecundia, & indiuidua illa vitæ societas quæ inter coniuges contrahitur, potius quàm iusta plenáque rationum redditio hunc consensum expressisse putanda esset. Posteriore verò casu cùm alia ratio nulla mandatis Principum causam dederit, quàm quòd non posset videri omnino plenéque liber fuisse consensus mulieris ei nubentis, qui in prouincia illa dignitatem aliquam & imperium habuit, tametsi de metu illato non constaret, qui etiamsi verè illatus esset, probari tamen haud facilè posset. Nemo non videt cessare hanc rationem si post depositum officium mulier quæ nuptiis ab initio consensisse proponitur, in eadem perseuerauerit voluntate. Illa namque perseuerantia non solùm inducit nouam voluntatem, quæ iudicio meo non sufficeret ad matrimonium inducendum si ab initio mulierem inuitam coactámque nupsisse constaret, sed probat etiam ab initio liberam eiusdem mulieris voluntatem liberúmque consensum interuenisse, vt proinde dignus sit maritus, cum quo fauorabilius hoc casu agatur, quàm si inuitam vxorem ducendo non tantùm mandata Principum, sed ipsum etiam ius gentium violasset, quod procul dubio non patitur vt inter inuitos matrimonium contrahatur. Neque tamen potest ea perseuerantia facere vt matrimonij validitas ad eum diem quo contractum fuit retrotrahatur, sed tantùm vt ex depositi officij die valere intelligatur, iique demum liberi iusti & legitimi intelligantur, qui post id tempus sunt nati & suscepti, vt supradictis locis scriptum est. Ex quibus verbis obseruandum est, ad rem non facere si ante depositum officium concepti proponantur, dummodò posteà nati sint, quia nec habetur pro nato is qui est in vtero, quoties ei noceret si pro nato haberetur *l. 7. & 26. D. de stat. hom.* Tertia inter has illicitarũ nuptiarũ species differẽtia ea est quòd nuptiis cõtra Principũ mãdata cõtractis dos fit caduca, vt suprà diximus ex *d. l. si quis officiũ §. 1. De rit. nu.* nec eo minùs tamẽ obligatur maritus vt dotẽ restituat mulieri *d. l. præfectus 63. in fi.* quippe cui vel nihil omnino vel multo minus imputari possit, *d. l. 2. §. 1. D. de his quæ vt ind.* nisi cũ se vltrò nuptiis obtulit, quãquã nec eo quoq; casu dotis iacturã incurrit, propter cõiũctũ reipublicę ac dotiũ fauorẽ. *d. l. præfectus.* Idq; mãdatis Principũ cautũ fuisse necesse est, iis ipsis scilicet quib⁹ huiusmodi nuptię sũt interdictæ. Alioqui cũ iuris prohibitio faciat vt nõ sit matrimoniũ *d. l. præfectus*, certũ est nec dotẽ vllã esse posse *§. si aduersus infr. hoc tit. l. 3. D. de iur. dot. l. à Diuo Pio 58. D. de rit. nupt.* licèt quasi dos dicatur in *l. nec vllã 13. §. 1. D. de petit. hered.* Ac proinde fatendũ esset repeti dotẽ posse quasi datã sine causa vt aliis casibus euenire solet *l. vlt. D. de cond. sin. caus.* Præsertim verò cũ puella

L. etsi cõtra 6. C. de nup. l. eos qui 65. §. 1. D. hoc tit. De rit. nupt.

Tertia differentia. d. l. si quis officium §. 1. D. hoc tit. d. l. præfectus in fin. L. à Diuo Pio 58. eod. L. nec vllã 13. §. 1. D. de petit. hered. L. vlt. D. de condict. sin. caus.

tutori aut curatori suo nupsit, quo casu dotẽ datã repeti posse per condictionẽ apertè scriptũ est in *l. si tutor 7. C. de int. mat.* Anquòd fauorabilior sit puella quę decepta est à tutore vt loquitur *l. vl. De legat.* 3. quã quę coacta est à rectore prouinciæ? Minimè. Nã neq; hæc, neq; illa quicquã deliquit *d. l. 2. §. 1. De his quæ vt ind.* Nec rursus ad fauorẽ mulieris sed mariti spectat illud quòd dos nõ fit caduca. Cũ & eo casu quo caduca fiat nihilominùs obligetur maritus eiúsve heres ad ipsam mulierẽ restituendã *d. l. præfectus.* Sed quia maiore odio dignus ille visus est qui dignitate & potestate publica in suũ cõmodũ abutatur, & in eius necẽ cui prospicere potiùs deberet, quàm qui priuata, Cauſa enim tutelæ licèt quasi publica dici possit eo respectu quod fit ex iure publico, id est ex legibus, nõ tamen perinde publica dici potest, atque administratio reipublicæ rectori prouinciæ aut alij publicũ officiũ gerẽti data. Itaque quod Papin. in *d. l. dote 61. eod.* sic scribit *dote propter illicitum matrimonium caduca facta* nõ ita accipiendũ est vt quoties matrimoniũ illicitè cõtractum est dos caduca fiat, sed vt quoties caduca fit ita cõstituto iure siue ex mãdatis Principũ, siue qua alia lege, cogẽdus sit maritus fisco soluere quicquid iudicio de dote redditurus esset, exceptis impensis necessarijs quæ dotẽ minuere ipso iure solẽt. Ex superioribus autẽ intelligimus non solũ ei qui prouinciã regit, esse prohibitum ne vllam ex prouincialibus suis vxorẽ ducat, quandiu in administratione est, verũ etiã ne filio suo eam ducenti cõsentiat *l. qui in prouincia 57. De rit. nupt.* Filio inquã siue in potestate manenti, siue emãcipato, cũ lex non distinguat, Sicut nec distinximus cũ de puella filio tutoris aut curatoris non nubenda tractauimus ex Thryphonino in *d. l. non solũ 67. eo. tit.* Nã eadẽ vtriusque filii hac parte ratio est, nisi quod si emancipatus inscio patre duxerit vxorem in prouincia, neque puniendus est pater qui nihil cõtra mãdata fecit, neque eo minùs valet matrimoniũ, quia neque mãdatis Principũ, neque alia vlla iuris cõstitutione prohibetur filius vxorẽ ducere inscio patre in cuius nõ sit potestate, vt in sequẽtibus dicemus, Ne quidẽ in ea prouincia in qua pater officiũ publicũ gerit, dũ ne in cõtrahẽdo matrimonio patris opera intercedat, quã tamen præstare nullã potest pater qui filij matrimoniũ ignorat *d. l. vnic. C. si rect. prouinc.* Filiæ alia ratio est, Nã qui in prouincia aliquid administrat, in eadẽ prouincia filiã suã, etiã quã in potestate habeat, collocare in matrimoniũ eique dotẽ cõstituere nõ prohibetur *d. l. si quis officiũ 38 §. vlt. De rit. nupt.* Diuersitatis ratio est, quia cũ vxor familiã viri sequatur, & à viro tanquã à capite pẽdeat, nõ sit credibile patrẽ quẽpiã sua potestate abusurũ vt filiã suã inuito prouinciali collocet in matrimoniũ, ex quo filia toto vitæ suæ tẽpore nihil nisi cõtinuas perpetuásque miserias aut diuortiũ expectare posset. Deinde quia dos filiæ nomine data acquiritur marito, tantóque locupletiorẽ prouinciã facit, nec aliud quicquã cõmodi ex eo matrimonio filiæ pater sentire potest, nisi quod ab onere collocãdæ dotãdæque filiæ se liberat meliore fortassis cõdicione, minoréq; data dote quã dare debuisset si patis dignitatis virũ filiæ extra prouinciã quæsiisset. Etsi hoc quoque tandẽ correctum est nec sine ratione *Nouell. Leonis 23.* quæ nõ patitur vt melior hac parte sit condicio filiarũ quàm filiorũ. At cũ rectoris filius in prouincia vxorẽ ducit, simul cũ vxore omnia vxoris bona dotalia transfert in familiã patris, in cuius est potestate. Sin emãcipatus proponatur, trãsfert in suã propriã quæ licèt diuersa sit à familia patris, ad patrẽ tamẽ aliquatenus pertinet, siue propter vinculũ illud cõiunctionis naturalis, quod per emãcipationẽ non vsque adeò dissoluitur vt non maneat naturaliter filius is qui est emãcipatus, siue propter iura succedẽdi

L. si tutor 7. C. de interd. matr.

L. dote 61. D. hoc tit.

L. qui in prouincia 57. eod.

L. vnic. C. si rect. prouin. d. l. si quis officium 38. §. vlt. D. hoc tit.

Nouell. Leonis 23.

quæ ex prætoris edicto inter eos mutua inducuntur, non solùm tanquam inter patrem & filium, sed etiam tanquam inter manumissorem & manumissum, exemplo patroni libertíque *l.1.§.vlt.& tot. tit. D. si à parent. quis manum.* Quanquam de illo inquirendum non est, An commodum aliquod ex emancipati filij nuptiis pater sentire possit, sed tantùm an ex iis damnum aliquod sentire possint prouinciales, quorum commodis & vtilitatibus prospicere officialis debuerat, potiùs quàm iis nuptiis contrahendis operam dare, ex quibus commoda ipsorum læderentur. Vnde est quod non minùs contra mandata peccat, qui vni vel minimo ex suis domesticis vxorem in prouincia sua quærit, quàm qui filio *d.l.vnic.C.si rect.prouinc.* Ab hac tamen prohibitione excipiuntur ii qui in prouincia sua militant vel aliud publicum officium gerunt, Non enim videntur contra mandata fecisse, si ex eadem prouincia vxorem duxerint, ídque etiam quibusdam mandatis continetur vt Paulus refert in *d.l.eos qui 65.in princip.eod.tit.* Ratio euidens est, quoniam aliter posito iure, necesse esset alterutrum euenire, Nimirum, vt vel reuocarentur ciues ab officiis publicis in patria sua gerendis, vel à nuptiis liberorúmque reipublicæ procreandorum studio interim abstinere cogerentur, si non in aliena prouincia vxores quærere mallent, quæ omnia tamen à reipublicæ vtilitate essent aliena. Vbi enim digniùs & honorificentiùs quàm in patria sua & militare & vxorē quærere quisquam potest? Aut cur feramus probo ciui damnosum esse officium suum quod patriæ suæ exhibeat? *arg.l.videlicet 29.D.ex quib.caus.maior.* Sed & obseruandum est prohibitionem istam ad eos tantùm pertinuisse, qui officium aliquod in prouincia gererent temporale: Nec proinde ad illos hodie pertinere qui in aliena prouincia perpetuam non temporalem habent administrationem, ne alioqui prætextu officii publici aut vxoris extra eam prouinciam quærendæ, aut in perpetuo cœlibatu viuendi necessitas iis iniuncta videatur.

L.1.§.vlt. D. si à par. quis manu. sit.

d.l.vnic.C. si rect. prouinc.

L.eos qui 65 in princip. eod. tit.

ILLATIO XIII.

De nuptiis inter Senatorem & mulierem publico iudicio damnatam.

DEcimotertiò ex eodem Principio fit vt non sit matrimonium, si Senator vxorem duxerit publico iudicio damnatam mulierem *l.palam 43.§. Senatus censuit De rit.nupt.* vbi Vlp. refert ita Senatum censuisse, non esse conueniens vlli Senatori talem vxorem ducere at neque ductā retinere, Ob rationē quam attulimus suprà *illat.6.* Sed neque mulierē in adulterio deprehensam, siue à quolibet, siue vbilibet, aut vxorē ducere, aut ductā retinere potest, quia & hæc pro dānata habetur, & lex factū ipsum adulterij non sentētiā de adulterio latā notauit *§.quæ in adulterio & seq.ea.leg.* Multò minùs eā quæ palā quæstū fecerit, hoc est passim & sine delectu siue in lupanario se prostituerit siue in taberna cauponia, Nec magis eā quæ sine quæstu se prostituerit, siue adhuc id faciat, siue antè fecerit, licèt facere desierit, Adeò vt neque ignoscatur ei quæ paupertatis prętextu vitā turpissimā egit, siue prostituta ipsa sit, siue quā aliā mulierē quæstuariā prostituerit cùm non minùs sit lenociniū facere siue suo siue alieno nomine quàm corpore quæstum exercere vt pluribus omnia & singula ista persequens tractat *Vlp.in d.l.palam.* Obseruandū tamen est in alijs quàm mulieribus publico iudicio damnatis non ita ius esse vt Senator eam vxorem

L.palam 43. §. Senatus censuit D. eod.

§.quæ in adulterio & seq.ead.leg.

d.l.palam.

reti-

retinere prohibeatur, quam ducere non possit. Etsi enim prohibetur Senator eam ducere vxorem cuius pater matérve, non etiam auus & auia, de quibus lex locuta non est, artem ludicram fecerit, siue in potestate pater filiam habeat siue non, dummodò iustus pater sit, mater autem etiam quæ vulgo conceperit, & siue naturalis pater sit siue adoptiuus. Si tamen ingenuæ vxoris pater matérve artem ludicrã facere cœperit, iniquissimum est dimittere eam cogi Senatorem, cùm nuptiæ contractæ sint & fortè liberi iam procreati: quamuis si ipsa artem ludicram facere cœperit vtique dimittenda sit *d. l. Iulio* 44. §. 1. *& penult. eod.* Sanè mulieres illas quas ingenui cæteri ducere prohibentur, Senatoribus ducere multò minùs licet *§. vlt. ibid. l. obseruandum* 49. *eod.* *l. lege Iulia 44. §. 1. & pen. eod. §. vlt. eiusd. leg. l. obseruandum 49. eod.*

ILLATIO XIV.

De patrono qui libertam suam ignominiosam vxorem duxit.

DEcimoquartò ex eodem Principio fit vt si ignominiosam libertam suam patronus vxorem duxerit, maritus non sit, quia contra legem id fecit, ob idque non debeat habere legis beneficium quod patronis omnibus datum est, vt patrono nupta liberta inuito eo alij nubere non possit *l. filio patroni* 48. §. 1. *iunct. l. in eo iure* 45. *eod.* Non enim legis beneficium & auxilium implorare potest qui contra leges commisit *l. auxilium* 37. *in fin. D. de minor.* *L. filio patroni 48. §. 1. iunct. l. in eo iure 45. D. eod. l. auxilium 37. in fin. D. de minor.*

ILLATIO XV.

De nuptiis prohibitis ob mariti dignitatem.

DEcimoquintò obseruandum est quod Marcellus notat in *l. obseruandum* 49. *De rit. nupt.* inferioris gradus homines ducere vxores eas posse, quas hi qui altioris dignitatis sunt ducere legibus prohibentur, si non nisi propter dignitatem ea prohibitio inducatur. At contrà antecedentis gradus homines non posse eas ducere, quas his qui inferioris dignitatis sunt ducere non licet. Nam & illud est quod suprà diximus ex *d. l. lege Iulia* 44. §. *vlt. eod.* Non posse Senatores eas vxores ducere quas cæteri ingenui ducere prohibentur. Neque verò existimandum est abrogatum hoc ius fuisse lege Catulcia cuius meminit Liuius, per quam connubia promiscuè sunt permissa. Nunquam enim vsque adeò promiscuè permissa sunt, vt non habita habendáque semper fuerit ratio dignitatis, præsertim Senatoriæ, vt ex supradictis iuris locis apparet qui & lege Catulcia & Liuio ipso sunt longè posteriores. *L. obseruandum 49. D. hoc tit.* *l. lege Iulia 44. §. vlt. eod.*

PRINCIPIVM II.

De nuptiarum potestate vt patrem demonstrent.

PAter est quem nuptiæ demonstrant *l. quia semper* 5. D. *de in ius vocand.* Aliò enim modo quàm per iustas nuptias probare patrem prorsus impossibile est *l. Lucius* 87. D. *de condic. & demonstr.* Ac nisi huiusmodi probationis species legibus inducta fuisset, saltem ad producendam præsumptionem quã *L. quia semper 5. D. de in ius voca. L. Lucius 87. de condic. et demonstr.*

vocant iuris & de iure contra quam non sit admittenda probatio in contrarium, nulla omnino esset aut esse posset in republica familiarum distinctio aut certitudo, nec proinde dominiorum, sine qua tamen stare respublica nullomodo posset, vt scripsimus ad *Princ.2.illat.1.sup.tit.prox. De patr.potest.* Vnde alia peti poterunt, quæ ad huius Principij cognitionem & explicationem pertinent.

ILLATIO I.

De naturalibus liberis Tractatus insignis.

Nouell. 89. quib.mod. natur. effic. sui.

EX hoc Principio illud primùm fit quod Iustinianus scribit in initio *Nouell.89.quib.mod.natur.effic.sui.* Naturalium liberorum nomen qui scilicet aut ex concubina, aut vulgo concepti essent fuisse incognitum legibus nostris ante tempora Constantini, nullámque eorum rationem habitam fuisse tãquã qui essent alienigeni, peregrini, & à republica omnino alieni. Nam cùm extra iustas nuptias concepti essent, atque ideo sine patre esse dicerentur, fieri non poterat vt non essent sine ciuitate qui nati erant in ciuitate sine patre. Idcirco autem loquor de natis sine patre in ciuitate, quoniam vnus in toto iure nostro casus est ísque valde singularis, in quo euenit vt quis & ciuitatem & matrem habeat, non tamen patrem. Nimirum si ex parentibus captiuis apud hostes natus sit, & ibidem defuncto patre, tandem reuersus sit in ciuitatem cum matre. Cùm enim mater quæ ciuis fuerat ante captiuitatem habeat ius postliminij eóque plenissimè gaudere debeat vt in omnibus & per omnia perinde habeatur acsi numquam ab hostibus capta fuisset, necesse est euenire vt filius hic quamuis postliminium ex propria persona habere non possit, quia captus non est, matris tamen postliminium & condicionem sequatur, vt cum ipsa reuersus in ciuitatem fiat ciuis, Ne alioqui non sit matri plenum ius postliminij si filius ei non reddatur *l.1.C.de postlim.reuers.* Habet igitur matrem, & cum matre ciuitatem, sed non patrem, quia pater ex quo natus est iam inde ab eo instanti quo captus fuit decessisse in ciuitate retrofingitur per legis Corneliæ fictionem, vt dicemus ad *§.si ab hostibus infr.quib.mod.ius patr.potest.soluit.* At verò vt is qui in ciuitate natus est sine patre ciuitatem nihilominùs habeat fieri certè nullomodo nullóque casu potest. Siquidem romanorum ciuium summa diuisio illa est vt vel patresfamilias sint vel matresfamilias, vel filijfamilias, vel filiæfamilias *l.nam ciuium 4. D.de his qui sui vel alien.iur.sunt.* Atquin hic qui nascitur sine patre neque filiusfamilias neque si fœmina sit filiafamilias est cùm non sit in aliena potestate. Patria namque potestas non nisi iustis ex nuptiis comparatur, vt diximus ad *dict.Princ.2.sup.tit.prox.* Paterfamilias verò dici multominùs potest, quia paterfamilias nemo est nisi qui priùs fuerit filiusfamilias, cùm patrefamilias demum mortuo incipiant patresfamilias fieri quotquot capita in ipsius viui fuerant potestate *l.pronunciatio 195.§.familiæ De verb.significat.* Præterquàm si proponas natum quem posthumum & defuncto iam patre. Hic enim filiusfamilias nunquam fuit, nascitúrque paterfamilias, sed non alia ratione quàm quia nascitur ex iusto patre qui familiam habuit, & quem ex iustis nuptiis licèt iam defunctum demonstrare potest, aut saltem nominare. Nec enim facit natiuitas, sed conceptio filij dummodò postea quandocumque nati, præsertim cùm in iis quæ

Casus singularis in quo habet quis & ciuitatẽ & matrem, at nõ etiam patrem.

L.1.C.de postlim. reuers.

§.si ab hostibus Quib. mod.iuspat. potest.soluit.

L.nam ciuium 4. D. de his qui sui vel alien.iur. sunt.

L. pronunciatio 195.§. familiæ De verb.signif.

quæ ad filij commodum pertinent, quale illud potissimum est vt iustum patrem habeat, qui in vtero est pro nato habeatur *l. qui in vtero 7. & 26. D. de stat. homin. l. Titius 6. in fin. cum l seq. D. de suis & legit.* Cùm igitur hic qui extra iustas nuptias conceptus natúsque est, neque filiusfamilias, neque paterfamilias sit, quia nec familiã illã habet, nec in vllius familia nascitur (mater enim ex qua & cui nascitur, licèt habeat familiam, suæ tamen familiæ & caput & finis est *dict. l. pronunciatio in fine,*) consequens est vt ciuis romanus esse nequeat. Ex quo illud etiam necessariò fit, vt quamuis in ciuitate natus sit, tamen pro alienigeno haberi debeat & peregrino. Quotquot enim toto terrarum orbe sunt homines eos necesse est, aut ciues romanos esse, aut peregrinos, cùm peregrini sint quicunque romani ciues non sunt. Immo & si quod res est fateri volumus monstra potiùs quàm homines dici debent. An non enim contra naturam est, nec minùs à naturæ quàm à ciuitatis iure alienum, denique instar monstri, vt quisquam nascatur homo sine patre? Quare non minùs eleganter quàm verè idem Iustin. noster *Nouell. 39. De restit. & ea qua par. vndec. mens.* in nuptiarum laudem scribit, Nihil in republica esse nuptijs vtilius *tanquam solis homines facere valentibus.* In quo obseruandum est non sic eum loqui, vt dicat non nisi ex nuptiis iustos liberos parari posse, sed de hominibus agere, Vt intelligamus homines qui nullius iusti liberi sunt sicut nec liberi sunt quia patrem non habent (cùm patris & filij nomina sint correlatiua, quorum posito vno alterum quoque poni necesse est) ita nec homines quidem dici posse. Quòd si quis cum iis agere humaniùs volet, vt homines esse fateatur, illud tamen negare saltem non possit, ciues romanos non esse, sed alienigenos & peregrinos, quod sufficit vt iure ciuili hoc est in iis omnibus quæ ad ius ciuile pertinent pro nullis & quod idem est pro non hominibus habeantur, Non enim alijs quàm romanis ciuibus leges romanorum scriptæ sunt, nec ad alios quàm ad ciues romanos pertinere potest quicquid est iuris ciuilis romanorum, siue scripti, siue non scripti. Nam & ideo ius ciuile âppellatur quòd proprium sit ciuitatis, id est non omnium qui in ciuitate sunt, in qua scilicet possunt esse & serui multi & peregrini, sed ciuium duntaxat romanorum. *l. ius ciuile 6. l. omnes populi 9. D. de iustit. & iur.* Soli siquidem ciues illi sunt qui caput in ciuitate habere existimantur. Cæteri omnes siue serui, siue peregrini pro nullis habentur, neque aut ciuili iure aut prætorio, aut etiam extra ordinem computantur *l. nullomodo 7. D. ad leg. Cornel. de fals. l. 3. §. vlt. D. de capit. minut. l. 1. §. hi quibus De legat. 3. l. sunt quidam §. 1. D. de pœn.* vbi ἀπόλιδες & extorres isti quoque appellantur qui per deportationem aut veterem illam aquæ & ignis interdictionem in cuius locum successit deportatio amiserunt ciuitatem quam anteà habuerunt. Hoc verò cur ita? nisi quia per huiusmodi pœnam ad peregrinitatem rediguntur vt loquitur *Vlpian. in l. sed si hac lege 10. §. sed si per pœnam D. de in ius vocand.* id est fiunt peregrini. Cur ergo melioris condicionis erunt qui ciues romani numquam fuerunt, quàm qui fuerunt aliquando, sed esse desierunt? Nec est quod quis dicat totam hanc ciuium & peregrinorum differentiam sublatam esse generali constitutione Imp. Antonini, quæ omnes quotquot erant in orbe romano homines ciuitate romana donauit *l. in orbe romano 17. D. de stat. homin. & Nouell. 78. vt libert. de cæter. §. vlt.* Non enim alios

Omnes quomines quod ad ius Romanum attinet aut ciues Romani sunt aut peregrini.

Nati sine patre monstra dici debent non homines.

Nouell 39. De restit. & ea qua par. vnd. mens.

L. ius ciuile 6. l. omnes populi 9. D. de iustit. & iur.

L. sunt quidam 17. §. 1. D. de pœn.

L. sed si hac lege 10. §. sed si per pœnam D. de in ius vocand.

L. in orbe romano 17. D. de stat. homin. & Nouell. 78. vt libert. de cæter. §. vlt.

ciues romanos fecit Antoninus quàm qui patriæ solius condicione impediebantur ne ciues romani essent, hoc est, quòd alibi quàm romæ nati fuissent, nō etiam illos, qui quamuis in romana ciuitate nati, alia tamende causa impediebantur ne ciues romani esse dicíve possent, Vt puta quòd nati essent serui, vel quod essent libertini dedititij aut Iuniani, In sūma fecit Antoninus vt qui extra romanam ciuitatem nati erant perinde ciues romani censerentur, acsi in ciuitate nati fuissent, At non item vt ciues romani fierent ij quoque qui propria condicione personæ impediebantur ne ciues esse possent, quamuis in ciuitate nati proponerentur, vt iādiximus ad *Princ.3.sup. De libert.* Ergo ad eos naturales liberos de quibus nūc agimus, ea cōstitutio Antonini pertinere nō potuit, cùm eo tempore & ad Constantinum vsque siue pro nullis siue pro peregrinis haberentur, non quòd romæ nati non essent, sed quia illi etiam qui romæ nati erant sine patre nati essent, fierique non posset vt ἀπόλιδες non essent qui erant ἀπάτωρες quomodo illos Iustinianus vocat in *§.si aduersus infr.hoc tit.* In eóque turpiter hallucinatus est Andr. Alciat. *lib.4.parerg.cap.5.* à Gabriele Palæoto Card. illustriss. *in tract.* illo suo perelegantì *De noth. & spur.* non malè ob eam causam reprehensus. Quod si naturales isti ad posteriorū vsque Impp. tempora pro nullis aut peregrinis habiti semper sunt haberíque debuerunt, consequens est vt indubitato iure fuerint illi successionum omnium incapaces siue ex testamento, siue ab intestato. Nam cùm hereditates omnes tam testamentariæ quàm legitimæ non nisi per legem obueniant & deferantur *l.lege obuenire* 130.iunct.*l.verbis legis* 120.*D.de verb.signifi.* propter eas rationes quas attulimus ad *Princip.5.sup. De iur.natur.gent. & ciuil.* fieri non potest vt quisquis legibus incognitus est, cuiusmodi sunt quicunque ciues romani non sunt, is testamenti factionem habeat aut actiuam aut passiuam, neque rursum vt ab intestato cuiquam succedere communi iure possit, aut denique aliud quidpiā facere quod aliquam cum iure ciuili consortionem habeat & communionem. Quam in rem textus sunt apertissimi in *d.l.1.§.hi quibus De legat.3.d.l.sunt quidam* 17.*D.de pœn.d.l.sed si hac lege* 10.*§.sed si per pœnam* D. *de in ius vocand.l.sed si condicioni* 6.*§.solemus* D.*de hered.instit.l.1.l.nec apud* 7.*C.eod.l.1.C.de emancip.lib.l.1.D.ad leg.falcid.* cuius in secundo capite verba illa fuerunt, *Quicunque ciuis romanus post hanc legem rogatam testamentum faciet, is quantam cuique ciui romano pecuniam iure publico dare legare volet* &c. vt appareat ciuem romanum esse vtrumque oportere, & eum qui testatur, & eum cui testamento relinquitur. Quid? inquies, An non in Pandectis nostris quàm plurimi loci sunt de patribus & liberis naturalibus, & quidem desumpti ex responsis aliisque libris prudentum veterum qui multis antè Constantinum seculis floruerunt? Ita sanè est. Vt in *l.vlt.*D.*de his qui sui vel alien.iur.sunt.l. Lucius* 45.*De vulg.& pupill.substit.l.naturali* 7.D.*de confirm.tutor.l. Lucius* 88. *§. Dama De legat.2.l.vxorem* 41.*§.pater naturalis* De *leg.3.l.ex facto* 17.*§.si quis rogatus D.ad SC.Trebell.l.omnes* 17.*§.Lucius, D.quæ in fraud.credit l.libertinum* 4. *C. de interd.matrim.int.pupill.* Idque nimirum fuit quod tam malè habuit Palæotum virum alioquin eruditissimum, elegantissimum, præcelsáque illa Cardinalatus dignitate qua functus est dignissimum. Non enim potuit ille assequi & intelligere quomodo verum esse possit quod diximus ex Iustin *d.Nouell.*89.naturalium liberorum nomen ante Constantini tempora, legibus nostris incognitum fuisse: neque vllibi nisi in Codice scriptum esse. Debuit autem animaduertere

§.si aduersus hoc.it. L lege obuenire 130. iū. l. verbis legis 120. De verb.signif. L.1.§.hi quibus de leg.3. d.l.sunt quidam 17.§.1. De pœn.d.l.sed si 10.§.sed si per pœnam De in ius vocand. l. sed si condicioni 6. §. solemus D. de hered. instit. l. 1. l. nec apud 7. C.eod.l.1.C. de emancip. liber.l.1.D. ad leg.Falcid.

L.vlt. De his qui sui vel alien. iur. sunt. l. Lucius 45. De vulg. & pupill. subst. l naturali 7. D. de confirm. tutor. l.Lucius 88 §. Dama de legat.2.l vxorem 41.§. pater naturalis de leg. 3. l. ex facto 17.§.si quis rogatus ad SC.Trebel. l.omnes 17. §.Lucius D.quæ in fraud. cred. l. libertinū 4. C. de interd. matr. int.pup.

uertere, quod certè verissimum est, Iustinianũ tota *d.l.Nouell.* 89. loqui de iis naturalibus qui ex ciue Romano & ex concubina suscepti sint, Superiores autẽ omnes Pãdectarũ locos de iis qui in seruitute cõcepti sunt, siue ex patre seruo & ancilla, siue ex patre seruo & matre libera, vt cõstat apertissimè ex *d.l.vlt. De his qui sui vel ali.iu.sunt.* iũct. *l.vl.D.de adop.d.§.si quis rogatus.* iũct. *l.cũ pater* 77.*§.volo De lega.2.l.vl.D.de iur.delib.l.3.C.de solut.matr.l.ex libera 6.C.de suis & legit.* Sed apertiùs, si fieri potest ex *d.l.88.§.Dama de legat.2.* in nota illa Claudij ad Scæuolã *quia creditur appellatione filiorũ & naturales liberos,* id est, inquit ille, *in seruitute susceptos contineri.* Et ex *d.l.libertinam 4.C. de interd. matrim.* iis verbis *filio suo naturali quem in seruitute susceperat postea manumisso.* Quòd si pergas quęrere, Cur liberi in seruitute suscepti prudentibus naturales dicti potiùs sint quàm qui in concubinatu, itémque patres qui in seruitute liberos genuissent ex ancilla, quàm ciues Romani, qui genuissent ex concubina, quandoquidem non minùs sine patre sunt qui in seruitute sunt nati, quàm qui in concubinatu, nec fauorabilior debet esse condicio natorum ex seruo qui iure ciuili pro nullo habetur, vt diximus, quàm susceptorum ex ciue Romano, licèt etiam ex concubina. Respondebo meliorem fuisse condicionem eorum qui in seruitute ex contubernio suscepti essent, quàm illorũ qui ex ciuibus romanis in concubinatu, quia licèt tam hi quàm illi extra iustas nuptias & illegitimè suscepti essent, nihil tamen contra leges peccauerat seruus, qui cùm legibus ipsis matrimonium contrahere prohiberetur, quod non nisi inter liberos homines, ciuésque romanos contrahi poterat, *l.3.C.de incest. nupt.* aliam coniunctionem iustiorem magísque licitam inire nullã poterat, quàm quę contubernij nomine censeretur. Quod enim inter liberas personas matrimonium erat, id inter seruos contubernium dicebatur. At peccabat contra leges ciuis romanus, aut saltem erat quod posset ei imputari, qui cùm iustos liberos ex iustis nuptiis sperare & posset & deberet, malebat tamen habere concubinam, nihil enim vnquam adeò curæ fuit ciuili legislatori quàm vt ciues suos ad iustas nuptias contrahendas inuitaret, ac vt iusta legitimáque sobole ciuitas repleretur *l.1.D.solut.matrim.l.hoc modo 64.De condic.& demonst.* Propositis in eam rem publicè præmiis ei qui & iustam vxorem duceret, & iustos ex ea liberos haberet, Ac contrà vicissim pœnis ei qui vel orbus, vel cœlebs esset, vt suprà diximus ad Princip. *1.tit praced.* & constat ex Vlpiano in Fragmentis. Itaque nihil causæ erat cur liberos ex concubina susceptos legislator ciuilis agnoscere deberet pro liberis naturalibus, aut patrem pro patre naturali, quos è cõtrario inuitis legibus natos habebat quàm maximè exosos, tãquam eos qui non tantùm ciuitati romanę, sed etiã ipsi naturæ peregrini essent, vt vtar verbis Impp. licet alio sensu scriptis in *l.multi 6.C.de malefi & Mathemat.* Eos verò qui in seruitute suscepti essent, cur exosos lex haberet, quos meliùs nasci prohibuisset? Quòd si parentum innocentia facere nequit, vt eo magis legitimi iustique liberi sint, qui ex iustis nuptiis, neque nati sunt, neque nasci potuerunt, quidni saltem faciet, vt naturalium liberorum & ius & nomen assequantur? Nõ quidem durante seruitute, (Seruitus enim quę facit vt hi omnes pro nullis habeãtur, nec illud quoque pati potest, vt vlla iuris ciuilis parte parentes liberíque naturales dicantur, Aliquem namque esse necesse est priùs quàm, aut pater aut filius naturalis dici quis possit, cùm sint istæ qualitates quæ non possunt esse sine subiecto) sed ita demum si ex seruitute tam parentes quàm liberi ma-

L.vlt. D.de adopt.l.cùm pater 77. §. volo de leg. 2.l. vlt. D. de iur.delib. l.3.C.solut. matr.l.ex libera 6 C.de suis & legi.

L.3.C. de incest.nupt.

L.1.D.solut. matr.l. hoc modo64.De condic.& demonstr.

l multi 6.C. de malefic. & Mathemat.

numiſſi proponantur:quo demum tempore tam hi quàm illi incipiunt habere caput in ciuitate,ac proinde digni eſſe qui iam nomē aliquod à lege habeāt, non quidem legitimorū,quod nō magis ex poſtfacto iis acquiri poteſt, quàm illud fieri vt retrofingantur liberi fuiſſe tempore ſeruitutis, ſed naturalium, cùm negari non poſſit inter ſeruos quoque ſicut & inter liberas perſonas naturalem eſſe cognationem naſcíque eam ex ſeruilibus etiam coniunctionibus, quoniā natura nullam inter liberos & ſeruos differentiam agnoſcit *l. adoptiuus 14.§.ſeruiles D.e rit.nupt.l.quod attinet 32.De regul.iur.* Eóque ſenſu naturales parentes & liberos in iure noſtro dici, hoc eſt ſecuta demū manumiſſione apparet ex ſuperioribus locis,prǽſertim ex *dict.§.Damæ d.l.vlt.*D.*de iur.delib. d.l.4.C.de interd.matrim.* Dices concubinatum iure ciuili prohibitū non eſſe, quin potiùs permiſſum cùm ex legibus ipſis nomen abſum pſerit *l.3.*D.*de concub.* vbi ex hoc infert Marcianus huiuſmodi coniūctionē extra legis pœnā eſſe: Ac proinde nihil obſtare quominùs qui ex concubinatu naſcuntur ſaltem naturaliū liberorū nomen mereantur,vt & ad eū locū Bart.ratiocinatur. Reſpōdeo concubinatus quidē nomen eſſe legitimū,id eſt, legibus introductum,ſed non ideò tamen cōſequēs fieri,vt concubinatus legitimus ſit & iure ciuili permiſſus. Verius enim eſt nec prohibitū eſſe,nec permiſſum, ſed licitū, vt loquitur *l.ſi qua 5,C.ad SC.Orfic.* & toleratū,vt alia pleraque etiā alioquin illicita tolerantur ſǽpenumero in republica quantumuis bene conſtituta, ne quid deterius contingat:Cuiuſmodi non pauca poterant accidere Romæ ſtupra, & adulteria,in tanta ſcilicet,quanta priſcis illis romanis ſemper fuit diuortiorum licentia, & impunitate.Cúmque non alia tolerandi concubinatus ratio fuerit quàm vt multorū neque matrimonia,neque diuortia quærentium incontinētiæ conſuleretur,non etiam vt per eiuſmodi coniunctionem ciuitas hominibus qui monſtrorum inſtar eſſent,patrémque nullum haberent,repleretur,apparet ex iſta concubinatus tolerātia nihil poſſe inferri fauore liberorum ex cōcubina ſuſceptorum,quo magis aut liberi debeant dici naturales, aut patrē habere naturalem.Qui enim liberos naturales optabant,quidni iuſtas contrahebant nuptias ex quibus liberos non modò naturales, ſed etiam legitimos ſperare potuiſſent?Itaque quamuis frequentiſſima in libris noſtris mentio ſit & concubinarum & concubinatus,vix tamen ac ne vix quidem reperias vllo Pandectarum loco mentionem fieri,quod meminerim, liberorum ex concubina ſuſceptorum, tantū abeſt,vt eos videas vſpiam à prudentibus dici liberos naturales,quod & diſertè negat Iuſtin.*d.Nouell.89.in prin.* cùm ait ante tempora Conſtantini fuiſſe inauditum in republica romana nomen liberorum naturalium,nec niſi in Codice primùm ſcribi cœptum eſſe.Neque verò credendum eſt romanas leges vnquam fuiſſe inducturas nomen concubinatus,ſi non cogente neceſſitate id fieri debuiſſet,vt illicitarum quoquē coniunctionū diſcretio aliqua fieret,ac ea quǽ ne prohibita erat, nec permiſſa,ſed tantùm tolerata,diſtingueretur à cǽteris,quǽ & crimen haberent,& conſequenter legibus publicorum iudiciorum vindicarentur. Cǽterùm non fuiſſe cōcubinatū apud romanos habitum pro iuſta cōiunctione,id eſt,quam ius adprobaret,ex eo intelligimus,quòd nec aliam vllam maris & fœminǽ coniunctionem iuris naturalis eſſe prudentes noſtri voluerunt præter eam quam nos matrimonium appellamus,vt Vlp.loquitur in *l.1.§.ius naturale De iuſtit.& iur.* Non alia de cauſa quàm quòd hæc ſola ſit cum ratione,ſolóque homine digna: Cæterǽ verò omnes

l. adoptiuus 14.§. ſeruiles D.de rit. nupt.

l.3. D.de concub.

l. ſi qua 5. ad SC.Orfic.

d.Nouel.89. in princip.

l.1.§.ius naturale De iuſtit. & iur.

omnes homini communes cum brutis animantibus,quippe ad quas tam homines quàm bruta non nisi quodam naturæ instinctu & impetu ferri se patiũtur. Alioqui fuisset sanè multò accommodatius exemplum iuris naturalis ex concubinatu sumere quàm ex matrimonio,si verum esset,quod notat Bart. ad *d.l.3.De concub.*concubinatũ manere in primis terminis iuris naturalis, Cùm habeat matrimonium permulta quæ sunt ex iure ciuili,adeò vt non desint qui affirmẽt esse iuris ciuilis,quod nos tamẽ suprà suóq; loco refutauimus. Nec ad rem facit quod Iustin.scribit *d.Nouell.89.cap.*1.naturam ab initio dum de filiorum procreatione sanciret scriptis nondum positis legibus omnes similiter liberos,& similiter ingenuos produxisse, primísque parentibus primos liberos similiter quidem liberos,similiter autẽ legitimos ab ipsa creatione factos fuisse.Nõ enim Iustiniani sensus ille est,vt potuerint vnquam legitimi liberi esse qui ex matrimonio suscepti nõ essent, nisi fortè tã stolidus quis sit,vt putet ne sciuisse illũ,quod Bart.non ignorauit inter primos parentes nostros Adamum & Euam institutũ contractúmque à Deo Opt. Max. matrimoniũ priusquàm ex ipsis Abel & Cain nascerentur,cùm etiã hodie post inductũ concubinatum in liberæ mulieris cõsuetudine nõ concubinatus,sed nuptiæ potiùs intelligendæ sint,si nõ corpore questũ fecerit *l.in liberæ 24.De rit.nupt.*Sed hoc sibi vult Iustinianus primis illis innocentiæ tẽporibus cùm suæ quique vxori & carni adhęreret, necdũ libidini & concupiscentiæ locus apertus esset nullam fuisse distinctionẽ inter liberos naturales & legitimos, cùm quisquis erat naturalis hoc ipso esset legitimus,hoc est,ex iusta,ipsiúsque naturæ legibus cògnita coniunctione susceptus.Nec enim potuit concubinatus antiquior esse matrimonio,cùm sit nomẽ cõcupiscentię potiùs quàm naturæ, aut iuris ciuilis,vel naturalis,Tametsi iure ciuili cõparatũ post inductas iustarũ nuptiarũ sollennitates,vt mulier quę vxor dici nõ posset,si neque adulterij,neque stupri rea, neq; aut palam prostituta, aut pluribus iũcta esset,concubina diceretur,itémque vt cõiũctio omnis quæ neque iusta,neque omnino prohibita turpísve & infamis legibus romanis haberi possęt concubinatus appellaretur. Æstimatur enim cõcubina ex cõparatione vxoris,quę scilicet velut vxoris loco sit vt ait *l. iubemus 6.C.de natur.liber.*nec ab vxore differat nisi dignitate *l.item legato 49.§. parui autem refert.De legat.3.*Idque est quod sequitur apud Iustinianum,Bella hĩc q; ex vna parte,libidines verò & concupiscentias ex altera totã rẽ hanc aliò transtulisse.Bellis namque inuentas seruitutes,libidinibus verò & concupiscentiis (quem ille *castitatis casum* vocat) naturales tam liberos quàm parentes : Atque ita ex eo tempore desiisse filios omnes nasci liberos & legitimos, cœpisséque legitimos dici eos duntaxat qui ex iustis nuptiis essent suscepti. At non similiter ait Iustinianus exinde naturales quoque dici cœpisse illos, qui extra iustas nuptias nati proponerentur : Neque verò ita potuit Iustinianus aut scribere, aut sentire quin secum pugnaret, cùm priùs dixerit,naturalium nomen ipsum prorsus incognitum fuisse ad tempora vsque Constantini. Quid ergo? Pro alienigenis, pro nullis, denique pro non hominibus habebantur si non ex rescripto Principis alitérve legitimati essent, quod & innuit *l.1.C.de natur.liber.*quæ nec legitimari eos patitur, si Senatoris, aut alterius eiusmodi personæ illustris liberi pròponantur. Sicut & concubina ingenua non putabatur habere matrisfamilias honestatem,libertina verò multò minùs si alterius quàm patroni concubina esset *l.probrum 41. in fin. D. de rit.nupt.*

d. Nouell. 89.cap.1.

L.in liberæ 24.D.hoc ti. De rit.nupt.

L. *iubemus 6 C. de nat. liber.l.item legato 49.§. parui autẽ refert de legat.3.*

L.1.C.de natur.liber. l.probrũ 41. in fin.D.hoc tit.

Immo cum concubina ingenua stuprum committi dicitur si sit honestæ vitæ, id est si nec obscuro loco nata sit, nec vulgo quæstum fecerit, nisi sit accepta cum testatione *l.3.D.de concub.* Vt intelligamus concubinatum, licèt non prohibitus sit coitus, inhonestum tamen esse, nihilque fauorabilius esse, quod pro concubinatu leges constituerint, nisi vt sit extra crimen, nullámque pœnā mereatur. Vnus tantùm quem obseruauerim toto iure nostro locus est, quo naturalis pater quis dicatur respectu illius etiam filij qui non sit conceptus in seruitute. Is est in *d.l.adoptiuus* 14.*§.1.De rit.nupt.in illo versic. vnde nec vulgo quæsitam filiam pater naturalis potest vxorem ducere.* Sed non puto dubitari posse quin totus sit irreptitius & ex glossa interpretis valde imperiti. Nam præter supradictum & tam sæpè repetitum testimonium Iustiniani nostri, adfirmātis nuspiam naturalium nomen in libris nostris ante Cōstantini tempora vsurpatum fuisse, me illud etiam magis mouet, huiusque interpretis inscitiam apertius detegit, quod fieri nullòmodo potest, vt sciatur quisnam sit pater naturalis filiæ vulgo quæsitæ. Siquidem vulgo quæsita illa dicitur, quæ non magis ex hoc aut ex isto quàm ex illo patre quæsita fuit, In summa cui non alius quàm populus ipse pater est, Et quamuis sine patre esse dicatur quisquis extra iustas nuptias susceptus est, licèt ex contubernio eorum natus sit qui coniuges crede bantur, vt in specie *§.si aduersus hoc tit.& d.l.5.C.solut.matrim.* magis tamen verè & propriè sine patre esse dicuntur qui vulgo sunt quæsiti *d.§.si aduersus,* qui scilicet patrem nullum demonstrare possunt, id est non modò legitimum, sed ne quidem naturalem *l.vulgo concepti* 23.D.*de stat.homin.* etsi eandem appellationem ad illos quoque accommodari placuit, qui patrem quidem habent, possúntque qualiterqualiter demonstrare, sed eū quē habere non licet, vt puta adulterum, vel incestuosum, vt eadē lex ait. Denique statim ac fieri potest, vt credi & coniici nedum certò sciri possit an hic potiùs quàm ille pater sit eius qui vulgo quæsitus dicebatur, incipit non posse amplius dici vulgo quæsitus, implicátque manifestam contradictionem, vt filiæ vulgo quæsitæ pater sciatur naturalis. Sed & illud absurdissimum est vt filiam aliósve liberos vulgo quærere vir dicatur. Fœminæ est , non viri quærere, viri autem, vt Cynicus ille quamuis parum honestè dicebat , sed nolo. Quinetiam hodie post inductum tot Imperatorum constitutionibus vsúque receptum naturalium nomen , non aliis tamen liberis nomen illud naturalium Imperatores datum voluerunt quàm si & indubitatus fuerit affectus viri erga concubinam in domo retentam, & indubitata proles filiorum in eadem domo natorū, vt Iustin. loquitur in *d.Nouel.89.ca.12.incip.Discretis igitur §.si quis autē defunctus.* Quāto minus igitur credēdū est ab vllo ex antiquis parētibus dictū fuisse patrē naturalē filię vulgo quæsitæ? Fefellit interpretē quod Paulus in verbis pręcedentibus scribit patrem qui filiam in seruitute suscepit nō posse illā vxorē ducere, postquàm ex seruitute ambo manumissi sunt, *etsi dubitetur*, inquit, *patrem eum esse.* Putauit enim huic cōsequens esse, vt perinde dici possit filiæ vulgo quæsitę patrē naturalem ducere illā non posse, quasi nihil intersit an filia vulgo quæsitā sit, an verò in seruitute , ex eo patre de quo an pater sit dubitetur. Nec animaduertit differentiam inter hos casus illam esse, quòd filiâ vulgo quæsitâ, nemo omnino est de quo magis quàm de alio quolibet ex populo dubitari possit an sit pater. Cùm verò in seruitute suscepta est, licèt adhuc dubitetur an is pater sit, qui ex matris contubernio filiam habuit, quia pater

d.l.3.De concub.

L.adoptiuus 14.§.1. D. hoc tit.

§.si aduersus hoc tit. & l.5.C.solut matr.

l.vulgo concepti 23. De stat. homin.

d.Nouel.89. ca.12.incip. Discretis igitur §.si quis autem.

pater certus esse nõ potest,nisi quẽ nuptiæ demonstrant *d.l.3.C.solut.matr.* eius tamen de quo dubitatur persona talis est, vt de alio nullo specialiter dubitari æquè possit an pater sit. Et ideò rectissimè constitutum est,vt non possit vxorem eam ducere,cuius ipse verus & indubitatus pater esset,si pro contubernio matrimonium habere potuisset. Cui simile nihil est in filia vulgo quæsita quæ scilicet non magis patrem vllũ habet de quo an sit pater dubitari possit,quàm de quo non possit: Vt proinde fateri oporteat neminẽ esse in toto populo qui non possit eam vxorem ducere quisquis tãdem ille sit,id est etiamsi ex iis,qui probentur cum ipsius matre rem aliquando habuisse: Alioqui cùm nesciri possit quis habuerit vel non habuerit rem cum ea quæ vulgo quæstum fecit,paullatim dicendum esset nullum omnino in ciuitate fore cui posset ipsa nubere, ne aliter posito iure fortassis eueniret, vt nuberet patri. Quod tamen dicere quàm ridiculum futurum sit,nemo negauerit nisi qui tam imperitus, stultúsque fuerit quàm interpres ille qui versiculum hunc quẽ nos tollimus in Pauli textũ induxit. Maneat igitur pro certo & indubitabili quod Iustin.*d.Nouel.89.* testatur,nullam in libris nostris ante Constantini tẽpora naturaliũ factam esse mentionem: ac proinde quos nunc filios naturales dicimus fuisse omnino incapaces qui vel testamẽtum facere possent,vel aliis ipsi succedere,siue patribus agnatísve aut cognatis patris,siue extraneo cuilibet,siue ex testamento, siue ab intestato. Idcirco autem loquor de patribus cognatísque patris,quia quod ad matrem attinet sicuti semper certa illa est *d.l.quia semper 5.D. de in ius vocan.* ita perinde naturales isti liberi,atque legitimus quilibet filius,matri succedere ab intestato & nunc possunt,& iam olim potuerunt ex quo per senatusconsultum Orficianum cœpit inductum esse,vt matribus ab intestato defunctis liberi succedere ab intestato possent *l.1.§.2.ad SC.Tertyl.* Nec tantùm matri,sed etiam auiæ ex Modestino scriptum est in *l.Modestinus* 8.iunct.*l.2.versic. itaque D.vnd.cognat.* Ratio est quia ex senatuscõsultis Tertylliano & Orficiano hereditates sic deferũtur,vt personę naturaliter designẽtur,id est,nõ ciuili nomine quale est sui heredis,aut agnati de quibus locuta est lex 12.tab.sed naturæ & sanguinis: Deferuntur enim *matri* & *filio* quę sunt nomina naturalia, vt eleganter Paulus tractat in *l.tutelas 7.D. de cap.minut.* & cõsequẽter ad eos omnes pertinẽtia quos naturę & sanguinis ratio agnoscit, In quorũ numero negari nõ potest quin etiã vulgo quęsiti liberi quod ad matrẽ pertinet cõtineãtur,nedũ liberi naturales,quos naturę incognitos nõ esse vel ipsum naturaliũ nomẽ demõstrat,cùm natura sit omnibus cõmunis *l.hos accusare 12.§.pen.C.de accus.* Itaq; nõ potest hîc obiici quod diximus nõ alias posse iure ciuili ab intestato succedere,quàm qui sint legibus cogniti ciuésque romani. Excipiẽdi enim sunt casus,in quibus ipsum ius ciuile cuius partẽ senatusconsulta cõstituunt specialiter in contrarium induxit vt illi etiam qui alioqui peregrini haberentur heredes esse possint,vt hîc factum est vocatis ad maternam hereditatem , non suis heredibus aut agnatis , aut ciuibus , quæ omnia nomina cùm sint iuris ciuilis, conuenire iis non possent quos ius ciuile non agnosceret , sed filiis indistinctè , ac proinde qualescunque ij sint , siue ex iustis nuptiis , siue ex concubinatu,siue in seruitute, siue vulgo quæsiti : Omnes enim quod ad matrem attinet æquo iure filij sunt , nec certior est mater quæ ex iustis nuptiis quàm quæ vulgo filium quæsiuit. Nouum autem non est, vt illi quoque qui peregrini sunt admittantur ad communionem iuris ciuilis,ad eum vsque mo-

l.quia semper 5. D. de in ius vocand.

l.1. § 2. ad SC. Tertyil.

l. Modestinus 8. iunct. l.2.ver.itaque C.vnd. cognat.

L. tutelas 7. D.de capit. minut.

l.hos accusare 12.§.pen. D.de accusat.

dum qui iure ipso ciuili sit inductus, Vt eleganter & apertè probari potest ex d l.1.C.de emancip.liber. Nam si in ea specie lex municipij potest alienigenam admittere ad consortium iuris ciuilis, quanto magis idipsum facere potuerunt senatusconsulta quæ de matribus & liberis omnibus in causa mutuæ ab intestato successionis locuta, generale ius publicúmque ea de re iuduxerunt? Eo autem iure ex Senatusconsultis inducto, vt & matri filius, & filio mater ab intestato succedere posset, facile fuit prætori etiam illud inducere, vt maternis cognatis omnibus non tantùm legitimi matris liberi, sed etiam vulgo quæsiti succedere ab intestato possent, & iis vicissim cognati materni, Ex eo nimirum capite, Vnde cognati vocãtur, Inspecta scilicèt naturali æquitate & sanguinis ratione quam solam prætor ante oculos habet, in illa præsertim edicti parte, quę nudam habet prætoris indulgentiam, neque ex iure ciuili originem vllam habet *l.1.in princip.d.l.2.& l.si spurius 4.D.vnd.cognat.* Quare nec distinguimus an matri sint alij iusti & legitimi liberi, quasi non nisi iis deficientibus admittendi sint vulgo quæsiti, Omnes enim & legitimi & illegitimi cùm æquè sint liberi quemadmodum diximus perinde simúlque admittuntur, Non secus acsi ex diuersis matrimoniis suscepti essent *l.matris 4. D.ad SC. Tertyll. l. cùm alius 4. in fin.C. de secund. nupt. l.si qua illustris in fin.5. C. ad SC. Orfic.* Illa tantùm distinctio admittenda est quam Iustinianus induxit in *dicta lege si qua illustris.* An illustris mulier sit, liberósque iustos & legitimos habeat illa de cuius hereditate ab intestato contenditur. Hoc enim casu & duobus istis concurrentibus noluit Iustinianus ei posse succedere spurios si quos etiam habet, idque tamen contra iuris antiqui, quod antea obtinuerat, rationem. Porrò ita constituto iure per senatusconsultum Orficianum vt filius etiam vulgo quæsitus matri succedere ab intestato posset, illud quoque tacitè ac quodammodo in consequentiam necessariam induci necesse fuit, non solùm vt filium spurium testamento instituere mater posset, alioquin ad ea vsque tempora, vt diximus incapacem tanquam peregrinum, sed etiam vt si testamento eum præteriisset mater, aut in minore quàm legitima portione instituisset, haberet ille querelam inofficiosi testamenti, ex eáque causa matris testamentum rescinderet, vt eo rescisso ad legitimam successionem admitteretur *l.si suspecta 29.§.de inofficioso D. de inoff. testam.* Ius enim querelæ inofficiosi testamenti, neque aliis prodesse potest quàm qui ab intestato successuri erant si testamentum factum non fuisset *l. 1.l. posthumus 6.in princip.eod.* neque aliam causam habet, quàm quòd nulli permittendum sit vt impiè ac impunè prætereat vel exheredet eum quem & pietatis & simul iuris coniuncta ratio ad spem successionis vocabat. Atquin absurdum esset ac iniquum dari querelam filio spurio quantumuis ab intestato matri successuro, si in matris etiam volentis potestate non fuisset heredem eum instituere, aut legitimam saltem portionem in testamento ei relinquere: cùm hoc colore inofficiosum testamentum rescindatur, quasi non sanæ mentis fuerit is qui contra officium pietatis testamentum ordinauit *l. 2. eod.* quod nemo dixerit de illo cui nihil potest imputari *dicta lege posthumus vers. quid ergo.* An igitur quia perinde filio spurio mater succedit, similiter dicemus dandam matri querelam inofficiosi testamenti, si à filio sit illa, vel præterita, vel exheredata? Id vtique superioribus consequens videtur, Sed tamen non ita est, neque vllo iuris loco ita scriptum reperias. Nempe, quia non quem-

L.1. C. de emancip.

L.1. in prin. l.2.l. si spurius.4. D. vnd.cognat. l. matris 4. D.ad. SC. Tertyll. l. cùm aliis 4. in fin C. de sec.nupt. l si qua illustris 5.C. ad SC. Orfic.

l.si suspecta 29 §.de inofficioso D. de inoff testam. l posthumus 6.in princip. iunct.l.1. eo.

l.2.d. l posthumus 6. vers. quid ergo eod.

quemadmodum ius quæsitum spurio ex senatusconsulto vt matri ab intestato succedere possit, fecit & necessariò facere debuit filium capacem capiendi ex testamento matris, Ita & è contrario ius acquisitum matri vt succederet filio spurio intestato potuit capacem facere filium vt quod antea nunquam potuerat, exinde testari posset. Nam præter id quod ius testandi nihil commune habet cũ iure habẽdi heredis intestati, nec quicquã vetat pro intestato haberi eum quoque qui testari nullomodo potuerit, vt cernere est in pupillo, furioso, prodigo, & ab hostibus capto *l* 1. *in princip. D. de suis & legit.* differentia inter spurium eiúsque matrem hac parte euidens illa est, quòd spurij mater cùm ciuis romana sit testamentum iure communi facere potest, nec in eam rem nouo iure indiget. Spurius verò cùm sit peregrinus, nõ magis matrẽ quàm alium quemlibet heredem instituere potest, cùm omnino non habeat testamenti factionem. Nec quod cœperit posse matrem ab intestato heredem habere ex SC. Tertylliano, testamenti quoque factionem actiuam ei acquirere debuit, cùm tantò magis futura ei sit mater heres ab intestato, quanto minùs licebit filio testari. Quæ omnia ad matris cognatorúmque maternorum successionẽ pertinentia hîc interserere ideò necesse fuit, quoniam cum eo quod constitueramus, toto iure vetere liberos ex concubina susceptos pro peregrinis & incapacibus habitos fuisse pugnare maximè videbãtur. Ergo vt cętera quę ad patris agnatorúmque hereditatem spectãt persequamur, dicimus iis omnibus quos nũc naturales appellamus nõ secus ac spuriis quibuslibet nõ solùm interdictũ semper fuisse iure faciendi testamẽti, sed nec habuisse illos ius vllũ succedendi siue patribus suis, siue patris agnatis, siue alij vlli extra matrẽ cognatósq; ex matris latere venientes, neque ex testamẽto, neque ab intestato, neq; ciuili iure, neque prętorio ad tẽpora vsque posteriorũ Imperatorũ, Arcadij nimirũ & Honorij, quorũ est *l.* 2. *C. de natural. liber.* qua factũ fuit & inductum vt etiã matre vel legitimis filiis, vel nepotibus aut pronepotibus cuiuscunque sexus vno pluribúsve existentibus bonorũ suorũ vnam tantùm vnciam pater naturalibus filiis seu filiabus, eorúmque genitrici, vel si sola concubina sit semunciã largiẽdi relinquendíque habeat facultatẽ: Ita tamen vt si quid vltra modum concessum relictum ipsis fuerit, totum id legitimis filiis vel matri, vel si illi non sint, cęteris successoribus reddatur. Ante illam constitutionem nihil in toto iure nostro liberorum naturalium fauore constitutum reperitur. Etsi enim ipsorum iam meminerat Constantinus, cuius est *l.* 1. *eod. tit.* nihil tamen in ea lege constituit in eorum fauorem, sed potiùs in odium & necem ipsorum, vt Senatores seu præfecti vel quos in ciuitatibus duumuirilitatis aut sacerdotij ornamenta condecorant, infamiæ maculam subeant, & à romanis legibus alieni fiant si ex ancilla, vel ex ancillæ filia, vel liberta, vel libertę filia, vel scenica, vel scenicæ filia, vel tabernaria, vel tabernariæ filia, vel humili abiectáve persona, vel lenonis, vel arenarij filia, vel quæ mercimoniis publicè præfuit susceptos filios in numero legitimorum habere voluerit, aut proprio iudicio, aut imperatorij prærogatiua rescripti, Ita vt quicquid talibus liberis pater donauerit seu illos legitimos, seu naturales dixerit totum id retractum legitimæ soboli si qua sit, reddatur, sin nulla, fratri aut sorori, Si neque hi sint, aut patri, aut matri. Sunt & alia eadem constitutione expressa. Sed quod ad rem nostram facit, Obseruandum est non tractari ea lege de liberis ex concubina susceptis, sed ex ea quam Senator aut præfectus, aut a-

Differentia inter matrẽ filij vulgo quæsiti & filium vulgo quæsitum.

L. 1. *in prin. D. de suis & legit.*

L. 2. *C. de natur liber.*

L. 1. *eod.*

lius in præcipua aliqua dignitate constitutus vxorem duxisset contra leges, ac proinde de susceptis extra iustas quidem nuptias, sed tamen in figura matrimonij, vt apparet ex illis verbis *seu illos legitimos, seu naturales dixerit*. Quis enim vnquam dixit legitimos liberos quos ex concubina sua susceperit? Iam autē monuimus ad Princip. præcedens Senatoribus prohibitum fuisse ne quas ex supradicto mulierum genere vxores ducere possent, & si contra factum esset, matrimonium nullum, nullas nuptias contractas dici potuisse. Sed tamen ea res facere non poterat, quin plures sibi blandientes dicerent legitimos liberos, quos ex eiusmodi coniunctione suscepissent, præsertim quia legitimi esse poterant vno casu, Nimirum si ex indulgentia principis tales nuptiæ permissæ essent *l. si Senatori 31. De rit. nupt.* Quæ si nulla præcesserat, solebant patres vt hæc ipsa Constantini lex demonstrat, ad Imperatoris rescriptum confugere, vt liberorum statum confirmarent eósque ex illegitimis legitimos facerent. Quid verò aliud erat facere legitimos nisi facere vt legibus essent cogniti qui alioquin erant peregrini? Quid item esse quem illegitimum, nisi hoc ipsum esse omnino legibus incognitum, à legibus alienum, nullam prorsus cum legibus & iure ciuili communionem habere, tanquam peregrinum? Bene verò & accommodatè Constantinus voluit, vt quisquis ex Senatoribus aliisve huiusmodi personis illustribus tales liberos ex illegitimis & peregrinis legitimos per rescriptum etiam Principis facere vellet ac ciues romanos, fieret ipse peregrinus, & eorum omnium incapax quæ propria essent ciuium romanorum. Id enim est quod iubet constitutio fieri eos à romanis legibus alienos. Ex quo apparet nihil tota ea lege pro naturalibus iis liberis de quibus nunc agimus inductum esse nisi quod eorum nomen antea omnino incognitum nec vnquam in legibus nostris vsurpatum, primus Constantinus in leges inuexit. Cæterùm tantum abest, vt testandi succedendíque ex testamento, aut ab intestato viam iis præclusam aliquo modo casúque recluserit, vt è contrario legitimationis ex rescripto imperatoris obtinendæ viam quæ in id vsque tempus illegitimis istis omnibus patuerat, iis præclusam voluerit qui constitutionis verbis continentur. Fuit sanè alia lex eiusdem Constantini prætermissa quidem in Codice sed relata renouatáque per Zenonem in *l. Diui Constantini 5. C. eod. tit.* qua Imperator optimus iam tùm vt credibile est Christianam religionem professus constituit, vt nati in concubinatu ex ingenua muliere, conuerso tandem concubinatu in matrimonium sui & legitimi fierent, ita demum si neque iusta vxor, neque iusta soboles vlla superesset. Quā quam non placuit exceptio ista summis Pontificibus quorum legibus certum est legitimationem per subsequens matrimonium non eo minus fieri quod alij legitimi supersint, dummodo neque vxor alia sit, neque aliud quicquam per quod sequens matrimonium impediatur *ca. tanta* vbi Canonist. *Extr. qui filij sint legit.* quod & Iustin. sensit in *l. cùm quis 10. & seq. De nat. lib.* vt ille ipse interpretatus est *Nouell. 12. de incest. nupt.* Primi ergo Imperatores Arcadius & Honorius fuerūt qui naturalibus & illegitimis aperuerunt ad ius legitimū viam vt Iustin. loquitur *d. Nouell. 89. cap. 1. vers.* imperatoriæ verò constitutiones, hoc est capaces eos fecerunt accipiendi aliquid scilicet vnciam ex testamento, *d. l. 2.* Vt intelligamus verum esse quod suprà diximus fuisse antea ipsis præclusam viam illam. Alioquin aperiri tandem, nec debuisset, nec potuisset. Adieci.

l. si Senatori 31 D. de rit. nupt.

l. Diui Constantini 5. C. de natur. liber.

cap. tanta Extr. qui filij sint legit. L. cùm quis 10. & seq. C. de natur. liber. Nouell. 12. de incest. nupt.

Adieci *ex testamento*, quia vt ab intestato succederent nunquam fuerat iis aperta via ante *dict. Nouell. 89.* qua inductum fuit vt nullis liberis legitimis superstitibus, nulláque legitima vxore possint illi cum matre concubina succedere in duabus vnciis ab intestato. Idem enim Iustinianus in *l. vlt. C. de natur. liber.* producens ad nepotes idem ius, quod in filijs primi gradus obtinebat, eadem retenta loquendi formula ita scripserat *Iura etenim ab intestato in aui successionē nemini eorum penitus aperimus.* Post Arcadium & Honorium secuti Imperatores Theodos. & Valentin. ius illud quod naturalibus apertum iam erat, vt ex testamento vnciam capere possent quamuis existentibus legitimis, ita ampliarūt, vt si quis naturalem duntaxat fœcunditatem sortitus, seu liber ipse seu curiæ nexibus obligatus esset, & tradendi ciuitatis curiæ filios naturales aut omnes, aut quos quémve ex iis maluisset, eius ciuitatis curiæ vnde ipse ortus fuisset, & in solidum heredes eos scribendi, qui scilicet curiæ oblati essent liberam haberet facultatem. Id enim primum ac præcipuum caput est constitutionis quæ extat in *l. 3. eod. tit.* Cui rectè subiungitur *l. 4.* quæ est Imperatorum Leonis & Anthemij quæ ius huiusmodi naturalium curiæ oblatorum ita auxit vt iis viam aperuerit succedendi etiam ab intestato, nullis nimirum legitimis liberis superstitibus. Sic enim accipiendam esse apparet non ex eo solùm, quod refert se constitutio ad præcedentem Theodosij legem, sed etiam ex illis verbis *& paternorum omnium bonorum ab intestato heredem.* Quomodo namque posset illegitimus ab intestato heres esse in solidum patris qui legitimum quoque filium reliquisset? Quamquam hoc ipsum etiam correctum tandem est, per Iustin. in *l. communium 9. §. vlt. eod.* ampliatúmque ius illegitimorum per oblationem curiæ legitimatorum, vt etiamsi pater habeat liberos legitimos, non eo minùs tamen possit naturales curiæ offerre, atque ita eos sibi facere legitimos successores. Sed hac lege vt minimè liceat ei siue per donationem, siue per vltimam voluntatem amplius eidem filio naturali dare vel relinquere, quàm vni filio dederit vel reliquerit ex legitimis cui minima portio data vel relicta sit. Illud verò obseruandum est quod in *d. l. 4.* scribunt Impp. in hæc verba *& is qui naturalem filium habens hortantibus legibus vltrò ad instar legitimi filij municipalibus eum voluit aggregare muneribus.* Ostēdunt enim illegitimum quandiu illegitimus est muneribus municipalibus aggregatum non esse, quod ipsum quid aliud est, quàm non esse municipem? & consequenter nec ciuem, non solùm romanæ ciuitatis sed nec ipsius in qua natus proponatur *l. 1. §. 1. D. ad municip.* Porrò munera cùm dicimus ciuilia intelligimus *l. 1. & tot. tit. D. de muner. & honor.* quorum proinde quisquis capax est eum necesse omnino est ciuem esse. Quod omnium apertissimè expressit Iustinianus *d. Nouell. 89. cap. 11.* incip. *generaliter in fin.* vbi pro synonimis ista accipit & rectè *transire ad ciuitatem romanam, & transire ad ius legitimorum.* Successit constitutio Anastasiana, de qua in *l. iubemus 6. eod. tit. C. de natur. liber.* quæ permisit vt naturales liberi per adrogationem legitimi & sui fieri possent, ita tamen si legitimi nulli existerent, sed eam constitutionem sustulit Iustinus in *l. legem Anastasii 7. eod.* non quòd legitimis liberis qui excepti erant, iniuriam aliquam fecisse videretur, sed tanquam à reipublicæ dignitate & vtilitate alienam, quòd ciues romanos ad iustas nuptias contrahendas potiùs inuitandos, ad concubinatum magis allicere videretur. Id enim est quod Iustinus scribit *In posterum verò sciant omnes legitimis matrimonijs legitimam sibi posteritatem quærendam*

L. vlt. C. de natur. lib.

L. 3. eod. tit.
L. 4. eod.

L. communium 9. §. vlt. eod.

d. l. 4. C. eo.

L. 1. §. 1. D. ad municip.

L. iubemus 6 C. de natur. liber.
L. legem Anastasii 7. eod.

acsi prædicta constitutio lata non esset. Iniusta namque libidinum desideria nulla de cætero venia defendet. Et in fine legis *cum nimis sit indignum, nimis item impium flagitijs præsidia quærere, vt & petulantiæ seruire liceat, & ius nomenque patris quod eis denegatum est id altero legis colore præsumatur*, quibus verbis apparet cõcubinatum significari, quasi qui vel flagitium & petulantia sit, vel saltem tale quid quod à flagitio & petulantia non valde distet. Quamquam non desunt qui putent Iustinianum paternæ illius constitutionis immemorem propemodum Anastasianam legem in vsum reduxisse *Nouell.* 117. *Vt liceat matr. & auiæ cap.* 2. *§. ad hoc autem*. cuius capitis autoritate inductum putant vt hodie permissa sit legitimatio per adoptionem. Sed iudicio meo, non ita est. Id enim tantùm eo loco Iustinianus constituit, vt si quis filium aut filiam habens de libera muliere, cum qua nuptiæ consistere possunt, dicat in instrumento siue publica siue propria manu conscripto, & habente subscriptionem trium testium fide dignorum, hunc aut hanc filium suum esse aut filiam, nec adiecerit *naturalem* huiusmodi filios esse legitimos, & nullam aliam probationem iis quæri, sed omni eos frui iure quod legitimis filiis conferunt leges. An quia per solã nominationem (nam neque de adoptione lex illa loquitur, sed de sola nominatione) legitimi effecti dici possint? Minimè. Sed quia pater cùm filios eos vocauit, hoc ipso probauit se non concubinatum, sed legitimum matrimonium cùm eorum matre habuisse, ita vt neque ab ea pro nuptiarum fide probatio alia sit exigenda. Itaque nominatio sola non facit ex naturalibus legitimos, sicut nec facere potest vt nuptiæ reuera præcesserint, quæ nullæ præcesserunt, sed tantummodò inducit probationem nuptiarum, vt nec alia probatio exigi possit, nec de illo amplius quæri an huiusmodi liberi fuerint aliquando naturales, non magis quàm si alio quolibet concludentis probationis genere nuptiæ probarentur. Sunt autem ista longè diuersa Ex nominatione induci ius legitimitatis vt cum interpretibus loquar, & probari legitimitatem. *arg. l. Publia* 26. §. 1. *Deposit.* Legitimitas non inducitur nisi ex iustis & legitimis nuptiis, Sed iustæ nuptiæ probantur ex eo solo quod pater filium nominauerit illum de quo dubitari alioquin poterat, an legitimus esset an naturalis. Nam & citra nominationem, & ante Iustinianum iam ita fuit comparatum ius vetus vt in liberæ mulieris consuetudine non concubinatus, sed nuptiæ intelligendæ essent si non corpore quæstum fecisset *l. in libera* 23. D. *de rit. nupt.* Dices, Ad quid ergo necessaria fuit constitutio illa Iustiniani, quæ tamen ius nouum præsefert apertissimè? Respondeo fuisse necessariam quia Christiana religio iam fecerat vt ab eo iure vetere recessum esset, nec tam facilè matrimonij sacramentum præsumi posset inter eos qui nihil egissent propter quod in matrimonio potiùs quàm in concubinatu vixisse credi deberent. Nam & idem Iustinianus *Nouell.* 74. *quib. mod. natur. filij effic. legit. cap.* 5. *§. quoniam autem*, iã constituerat, vt non aliter haberi deberet vxor pro legitima, quæ tabulas dotales nullas haberet, quàm si & ea mente acceptam se à viro, & quod magis est iusiurandum à viro in eam rem præstitum fuisse probaret, Quorum neutrum tamen hodie necesse est, dummodò constet aliquem ex liberis eiusmodi coniunctione procreatis filium à patre nominatum simpliciter fuisse. Igitur non pro liberis naturalibus legitimandis scripta est ea lex Iustiniani, sed pro legitimis qui tamen alias condicionis suæ, legitimique status probationes nullas haberent. Et verò nihil minus cogitasse Iustinianum quàm vt patris constitutionem

Nouell. 117. *Vt lic. matr. & auiæ ca.* 2. *§. ad hoc autem.*

L. in libera 23. *D. hoc ti. De rit. nup.*

Nouell. 74. *quib. mod. natur. effic. legit. cap.* 5. *§. quoniam autem.*

tionem tolleret, ex eo intelligimus quod eam ipsam expressim confirmat *d. Nouell.89.cap. 11. §. adoptionis*, exclusa iterum Anastasiana quasi quæ castitatem non perfectè considerauerit. Hoc etiam addito, Non esse decens vt quæ bene semel exclusa sunt, rursus in rempub. introducantur. Cœpit tamen Iustinianus quoque fauere tandem naturalibus liberis, Eo primùm inducto, vt si neque vxor legitima, neque iusti liberi vlli superessent, posset institui filius naturalis non tantùm in tribus vnciis, quod præteritis legibus fuerat constitutum, sed in semisse hereditatis, si pater naturalis ita voluerit suámque voluntatem siue testamento aut qua alia vltima voluntate, siue dotibus, siue donationibus declarauerit. Idque solo humanitatis intuitu vt ait *l. humanitatis* 8. *C. de natur. liber.* in cuius fine obseruandum est quod in hæc verba Iustinianus scribit: *Hæc autē in futuris tantūmodò testamētis, vel vltimis volūtatibus, vel dotibus, vel donationibus locum habebunt,* Vt appareat etiam post illam legem nō fuisse naturales & illegitimos liberos capaces aliquid à patre capiendi supra tres vncias, nec si legitimi nulli superessent, superstitibus verò legitimis ne obolum quidem vnum supra vnam vnciam: quoniam erat iis omnino obstructa præclusáque via succedendi non minùs ex testamento aut alio iudicio patris quàm ab intestato, nisi quibus casibus, & quatenus id est ad quem vsque modū vel hæc vel illa Imperatoris alicuius constitutione via aperiebatur. Quod idem Iustin. non obscurè tractat *d. Nouell. 89. in princip.* ita scribens, *Deinde paullatim in mediocritatem clementémque sententiam Imperatores transeuntes leges posuerunt, Alij quidem & dari & relinqui aliquid eis à patribus concedentes.* Sequitur in Codice alia constitutio eiusdem Iustiniani in *l. communium 9. de naturalibus liberis* per oblationem curiæ factam legitimandis, hoc est si pater naturalis filium naturalem offerret curiæ ciuitatis ex qua erat oriundus aut ad quam villa vel vicus in quo filius natus erat, pertinebat, Eo animo vt filius in ordinem decurionum legeretur, & muneribus atque oneribus omnibus eius loci subiiceretur, siue populi, siue actorum testimonio in eam rem implorato *l.3. eod. tit.* Huius verò legitimationis singulare ius fuit ex ea Iustiniani constitutione, vt qui sic legitimatus esset soli patri suo legitimus fieret, at non etiam ascendentibus aut descendentibus aliisve agnatis patris, Cùm tamen qui aliter legitimantur siue per Principis rescriptum siue per subsequens matrimonium quæ omnium optima, vtilissima, & honestissima legitimatio est agnationis iura plenissimè & quod ad omnes & quod ad omnia consequātur. *dict. Nouell.89. cap.4.* Sed & in eo, qui per oblationem curiæ legitimatus est singulare ius induxit Iustinianus vt si alii sint legitimi liberi non plus huic dare vel relinquere liceat quàm cui minus ex legitimis datum sit. Rursum de ijs qui per subsequens matrimonium legitimantur duæ extant eiusdem Iustiniani in Codice nostro constitutiones, quarum prior quæ est in *l. cùm quis* 10. induxit fauore naturalium ante instrumenta dotalia conscripta editorum, vt non minùs iusti liberi censeātur quàm qui postea editi sunt, eodémque in omnibus iure censeantur: Quasi credibile sit prioris sobolis adfectione allectū patrē vt de matrimonio cū sua concubina contrahendo cogitaret: Posterior verò quæ est in *l. nuper* 11. *eo.* subiecta est ad tollendā eorū interpretationē qui putabant non aliter pro iustis liberis haberi posse illos qui ante conscripta instrumenta dotalia suscepti essent, quā si viuis adhuc ipsis alii quoque liberi ex eodē

Nouell. 89. cap. 11. §. adoptionis.

L. humanitatis 8 C. de natur. liber.

d. Noue. 89. in princip.

d l. communium 9. C. de natu. lib.

L.3. eod. tit.

d. Nouell. 89. cap. 4.

l. cùm quis 10 C. de natur. liber.

L. nuper 11. eod.

matrimonio post dotem datam suscepti superessent. Vult enim Iustinianus sufficere talem adfectionem habuisse patrem vt post liberorum editionem & dotalia confecerit instrumenta & spem tollendæ sobolis habuerit, nec anterioribus liberis fortuitus casus noceat etiamsi quod speratum fuit non peruenerit ad effectum: nato verò post dotem datam posthumo non solùm liberos ante natos, fieri iustos & legitimos, sed & posthumum ipsum nasci iustum & legitimum acsi viuo patre natus fuisset, ne qui aliis adiutorium adfert sibi ipsi opitulari non possit. Sed & eadem constitutione generaliter constitutum est vt in huiusmodi quæstionibus omnibus, in quibus de statu liberorum dubitatio est, non conceptionis sed partus tempus inspiciatur, fauore scilicet liberorum, Exceptis ob eam causam iis tantummodò casibus in quibus infantium vtilitas suadeat, vt ex instanti conceptionis eorum condicio potiùs æstimetur. Et hæc quidem omnia sunt quæ de liberis illegitimis scripta legimus in nostro Codice quod attinet ad causam successionis. Hoc enim addendum est, quia de illorum tutela Iustinianus cauit, primúsque induxit in *l.vlt.C.de confir. tutor.* vt liceat patri naturali filio suo tutorem relinquere, sed tamen in his tantummodò rebus, quas ipse pater ei quocumque modo dederit aut reliquerit, scilicet intra præfinitum supradictis legibus modum. Item hac lege vt ab huiusmodi tutore datus pater non prius possit gerere res pupillares, quàm apud competentem iudicem fuerit confirmatus. Ex quo apparet duo valde singularia, & contra vulgares iuris regulas in hoc tutelæ genere inducta fuisse. Primùm illud vt quamuis tutor non rebus sed personæ dari soleat, ideóque nec certarum rerum vel causarum dari possit, nec certis rebus deductis *l. certarum 12. cum duab. seqq. D. de testam. tutel.* hic tamen non tam personæ filij naturalis quàm rebus quæ ad illum à patre naturali peruenerunt datus intelligatur. Alterum illud, vt egeat hic tutor confirmatione quamuis & iusto testamento datus sit, & ita omnino vt Iustiniani lege inductum & constitutum fuit, hoc est quod ad res paternas duntaxat, Cùm tamen regulare sit vt qui à patre tutor datus est, non aliter confirmatione indigeat, quàm si aut non iusto testamento, aut non ita vt lege præcipiebatur datus proponatur *l.3. D. de conf. tutor.* Sed vtrumque fit eadem ratione, quia cùm tutelæ datio sit ex legibus quibus incogniti sunt filij naturales, pendeátque ius dandi tutoris ex patria potestate quæ cùm ipsa etiam sit ex legibus nulla patri naturali esse potest in liberos naturales, apparet fieri nō posse vt filio naturali tutor detur à patre, nisi quatenus noua illa cōstitutio Iustiniani permisit & induxit. Idémque iam olim obtinuit in iis liberis, quos Iureconsulti naturales dicebant, id est vt suprà iam interpretati sumus qui non ex concubinatu sed ex contubernio in seruitute suscepti essent. De quibus Hermog. in *l. naturali 7. D. de confirm. tutor.* Nam nec illos quāuis manumissos in patris potestate fuisse constat, nisi & Principis beneficium & liberorum voluntas interueniret. *l. vlt. D. de stat. hom. l. vlt. D. de his qui sui vel alien. iur. sunt.* Quamquam valde mihi suspectum est quod in *d. l. naturali* scriptum video, *cui nihil relictum est*, Vereórque ne sit additio illa Triboniani respicientis ad Iustiniani constitutionem in *d. l. vlt. C. eod.* cuius verba cùm iuris noui inductionē præseferant cogunt nos fateri non fuisse antea permissum patribus naturalibus vllo casu vt tutores liberis iure darent, Ne quidem in iis bonis quæ à se ad liberos illos suos naturales peruenissent. Et tamen quod Hermogenianus scribit in *dict. l. naturali* tutorem à patre naturali datum ex inquisi-

L. vlt. C. de confirm. tut.

Certarum rerum vel causarum tutor dari non potest.

Tutor iure datus non indiget confirmatione.

l. naturali 7. D. de conf. tutor.

L. vlt. D. de stat. hom. l. vlt. D. de his qui sui vel alien. iur. sunt.

Manus Triboniani in d. l. naturali

inquisitione confirmandum esse, non video quomodo ad Iustiniani constitutionem accommodari possit, Cùm eo casu quo Iustinianus voluit filio naturali tutorem à patre dari posse, id est quo pater ei bona aliqua dederit, aut reliquerit, non aliud exigat Iustiniani constitutio nisi vt tutor ille à iudice confirmetur, quod quemadmodum simpliciter & indistinctè prolatum est, ita proculdubio simpliciter accipi debet, vt confirmatio illa fiat sine inquisitione: quomodo & aliàs fieri solet quoties à patre non iure tutor datus fuit, in quo plus iuris habet tutor qui à patre quàm qui à matre vel à patruo, vel ab alio quolibet ius dandi tutoris non habente datus fuit *l.1.§.& si quidem l.2.l.tutores* 5.iunct.*l.seq.l.in confirmando* 8.D.*de confirm.tutor.l.1.C.eod.* Atqui Hermog. in *d.l.naturali* scribit tutorem filio naturali à patre frustra, id est nullo iure datum, ex inquisitione confirmandum esse. Nihil igitur interesse potest an filio naturali pater ille aliquid reliquerit an non. Nec enim deterioris condicionis esse debet pater naturalis quàm patruus, aut mater, aut patronus, aut extraneus quilibet, à quibus dati tutores licèt nullo prorsus iure, tamen confirmandi sunt ex inquisitione, tum etiam cùm nihil pupillo reliquerunt. Nam si poneres patronum vel quemuis extraneum impuberi quem heredem instituerit tutorem dedisse, & nihil præterea in bonis pupillum habere dicendum esset iudicium eius omnimodo sequendum fore citra vllam inquisitionem *l. si patronus* 4.*cum seq. D.eod.* Cur non ergo confirmabitur saltem ex inquisitione tutor datus à patre naturali qui nihil filio reliquerit? Quid enim effectu ipso refert an vltro tutorem det prætor, an ex inquisitione illum quem alius nominauit? Quod si qua in re plus iuris hac parte deberet habere pater naturalis qui filio aliquid quàm qui nihil reliquisset, vtique hactenus ei fauendum esset, vt ab eo datus tutor citra inquisitionem confirmaretur. Ex eo itaque quod Hermog. inquisitionem exigit, intelligimus non nisi superfluè nullóque sensu adiici potuisse verba illa *cui nihil relictum est.* An igitur magis fauebimus tutori quem pater naturalis dederit filio ex concubina suscepto, quàm ei qui datus sit filio nato in seruitute vt ille confirmetur citra inquisitionem, hic verò non nisi cum inquisitione? Ita est, verùm non ex iuris ratione aliqua, sed ex sola Iustiniani constitutione, De naturalibus enim quos iurisprudentia iam cognouerat nihil Iustinianus constituit, quia nec fuit necesse, cùm in iis iam certum esset ius & exploratum, nimirum vt tutor ijs à patre dari non posset defectu patriæ potestatis, datus tamen confirmandus esset à prætore sed cum inquisitione. De aliis verò qui toti antiquę iurisprudentiæ fuerant incogniti, & à Constantino primùm naturales appellati, duplex ius nouum induxit. Primùm in eo vt pater naturalis tutorem iis dare posset, nempe quod ad illa duntaxat bona, quæ ipsis reliquisset. Deinde in eo vt tutor hic à prætore confirmandus quidem esset, sed sine inquisitione. Quod ad primum, minus iuris habent naturales liberi qui ex concubina quàm qui in seruitute nati sunt. Etsi enim vtrisque commune illud est vt ipso iure neutris tutor dari possit citra confirmationē, in hoc tamen differunt quod filio in seruitute suscepto datus tutor, non solùm quod ad bona quæ à patre ad filium peruenerunt, sed & quod ad cætera omnia confirmandus est, qui verò filio nato ex concubina datus fuit, sicut non nisi in bonis à patre ipso profectis dari potuit ex priuilegio Iustinianeo, ita nec quod ad alia bona confirmari potest à prætore. Et ratio differentiæ illa est, quia quod pater naturalis filio in seruitute suscepto tutorem si non dare tamē

Plus iuris habet tutor qui à patre malè datus fuit quàm qui vel à matre vel à patruo.

L. si patronus 4.cũ seq. D.de confir. tutor.

Duo inducta per Iustinianum circa tutelam liberorum naturalium ex concubina susceptorũ.

Ratio differentiæ inter tutoremquẽ

pater naturalis dedit filio in seruitute suscepto, & cum quem dedit filio suscepto ex concubina.

nominare potest,qui saltem cum inquisitione confirmari debeat fit ex iure communi quod non magis patitur, vt certorum bonorum tutor à prætore confirmari possit,quàm vt à patre tutor dari *d.l.certarum* 12.D.*de testam.tutel.* Quod verò pater filio ex concubina suscepto tutorem nominare potest, fit ex solo beneficio constitutionis Iustinianeæ,quæ priuilegium sicuti dedit, ita & limitauit, Vtrumque contra iuris communis rationem, quæ sicùt ante Constantinum quinam essent isti naturales nescierat, ita nec ante Iustiniani constitutionem illam vnquam permiserat, vt certarum rerum tutor vel dari posset, vel confirmari. Quod ad secundum autem caput nouæ constitutionis minus iuris habent naturales liberi suscepti in seruitute, quàm qui ex concubina, in eo videlicet vt iis datus à patre tutor, non nisi præcedente inquisitione confirmari possit, aliis verò datus confirmandus sit citra inquisitionem. Ideo fortasse, quod eius qui tutorem dedit, licèt dare non potuerit iudicium, tamen sequendum est quod ad illa saltem bona quæ ab ipso prouenerunt, quoties nimirum vel separatio bonorum fieri potest, vel nihil est quod de separatione tractari possit, Vt puta si aliunde quàm ab ipso testatore bona nulla habeat pupillus, *d.l.si patronus* 4. D. *de confirm. tutor.* vbi additur condicio illa *si extra ea bona nihil in bonis habeat pupillus*, quia toto illo Pandectarum iure inauditum erat, quemadmodum diximus vt in tutore dando vel confirmando fieret separatio bonorum, hoc est vt pro certis bonis tutorem pupillus haberet, pro aliis nullum haberet. Concludamus igitur ea verba quæ tollimus in *d.l.naturali cui nihil relictũ est* Triboniani esse non Hermogeniani, potiúsque scribi debuisse *cui nihil reliquerit pater* vt cæsus ille excluderetur quo aliquid ab alio quolibet huic filio naturali relictum esset. Non enim an aliquid ei ab alio relictum sit inspici voluit Iustinianus, sed an ei pater ipse aliquid reliquerit, Posset quis fortasse hæc ipsa verba interpreti alicui perinde ac Triboniano adscribere, si quis in Tribonianum humanior esse vellet. Sed malo adscribere Triboniano, quem video etiam alio loco ac multò periculosiore veterem iurisprudentiam quod ad naturales liberos attinet, ex Imperatoriis constitutionibus deprauasse. Is locus est in *l.ex facto* 17. §. *si quis rogatus* 1. D. *ad SC.Trebell.* vbi cùm Vlpianus ita scripsisset *si quis rogatus fuerit vt si sine liberis decesserit restituat hereditatem Papinianus lib.* 8. *responsorum scribit etiam naturalem filium efficere vt deficiat condicio,* Tribonianus reliqua omnia quæ in eo §. sequuntur de suo subiecit, *Et in libertino eodem conliberto hoc scribit, Mihi autem quod ad naturales liberos attinet voluntatis quæstio videbitur esse de qualibus liberis testator senserit, sed hoc ex dignitate & voluntate & condicione eius qui fideicommisit accipiendum erit.* Nam si verum est vt est quod idem Tribon. sibi parum constans refert testatúrque *d. Nouell.* 89. naturalium liberorum nomen prudentibus omnibus & ad tempora vsque Constantini fuisse incognitum nisi ad significandos eos qui in seruitute suscepti fuissent, de quibus etiam solis Papinianus responderat in *l. cùm pater* 77. §. *volo de legat.* 2. quamnam obsecro distinctionem potuerunt hic Iureconsulti inducere de qualibus liberis testator sensisset, de qualibus, inquam, naturalibus liberis (sic enim haud dubiè Tribon. sensit) cùm iis temporibus non nisi vna eadémque naturalium omnium species & condicio esset? Hodie sanè cùm illi etiam naturales liberi dicantur qui nati sunt ex concubina

d.l.si patronus 4. *D.de confirm.tut.*

L.ex facto 17. §. *si quis rogatus*1. *D. ad SC.Trebell.*

l.cùm pater 77. §. *volo de leg.*2.

Sunt hodie plures differentiæ naturalium liberorum, aliàs nulla.

cubina aut alio illegitimo coniugio plures distinctiones & inspectiones possunt circa naturales occurrere, præsertim ex diuersitate paternæ condicionis. Non enim eodem iure censentur naturales qui ex Senatore aliáve persona illustri, & qui ex plebeio suscepti sunt *l.1.C.de natur.liber.* sicut nec qui ex matre illustri & qui ex plebeia *d.l.si qua illustris C. ad SC. Orfician.* Sed hoc obiter dictum sit. Alia etiam fuit Iustiniani constitutio circa tutelam naturalium liberorum. Ea extat in *l.vlt.C.quand.mul.tutel.offic.fing. pot.* ita induxit Iustin. vt quod iam antea erat constitutum in liberorum legitimorum matre vt eorum tutrix esse si vellet posset, idem in naturalium quoque matribus obtineat vt ipsorum tutrices esse possint. Addita etiam ratione quod si in filiis iustis in quibus & testamentariæ & legitimæ sunt tutelæ, his tamen deficientibus conceditur matribus ad prouidentiam filiorum suorum venire, multò magis in his casibus vbi legitima tutela euanescit saltem alias eis dare humanissimum videatur. Ex quibus verbis obseruandum est vsque adeò legibus incognitos esse liberos naturales & illegitimos vt ne nunc quidem, quamuis ex legibus ipsis nomen & ius naturalium liberorum acceperint, legitima tamen dici possit tutela quæ ipsorum matribus defertur. *L.vlt.C. quand.mul. tutel.offic. fung.pot.*

Hucusque diximus de naturalibus liberis primi gradus quæcumque tam ad successiones quàm ad tutelas ipsorũ pertinent ex iis Imperatorum cõstitutionibus, quas in Codice scriptas habemus. De nepotibus verò quid dicemus? An fortassis eadẽ in ipsis quæ in primi gradus liberis obtinuisse? Minimè. Nã cùm leges quæ de liberis primi gradus, & de patribus naturalibus duntaxat locutæ fuerant, nihil de nepotibus & auis cauissent, nouæque essent, & eius iuris correctoriæ, quod tot tantisque prudentibus placuerat, consequens fuit non debuisse extendi ad nepotes, sed in iis ius vetus incorrectum remansisse quoadusque de nepotibus etiam cautum aliquid & constitutum fuit. Quod non obscurè Iustinianus significat *dict. Nouell.89.* ijs verbis *paullatimque etiam ad nepotes processerunt huiusmodi legislationes*, quorum non ille tantùm sensus est vt nepotes perinde ac filii legitimari possint, sed ille etiam vt quod priùs fuerat constitutum fauore naturalium & illegitimorum liberorum primi gradus vt à patribus suis naturalibus capere aliquid possent, id postea ad nepotes quoque traductum, & protractum sit vt perinde ab auis suis capere iis liceret. Ne dubitare possimus aliquod fuisse tempus in quo liberis naturalibus aliquid relinquere pater potuerit, auus tamen non potuerit, hoc est priusquàm indulgentia Imperatorum liberis primi gradus concessa, nepotibus quoque indulta fuisset, siue per extensionem, & interpretationem priorum constitutionum quasi ex rationis identitate factum id velis, siue per nouam aliquam & specialem legem quæ de nepotibus fuerit locuta. Quod certè multò credibilius est, & conuenientius iis verbis Iustiniani quæ proximè retulimus, Etsi quænam ea constitutio sit quæ de nepotibus primùm locuta fuerit difficilè est dicere si non illa ipsa est quam idem Iustinianus conscripsit & quæ extat in *l. vltima C. de naturalibus liberis.* De quo vt nec ferè dubitem illud facit, quod initio legis ita Iustinianus scribit, *Cuidam qui filium iustum habebat nepos accessit naturalis, Si nepotis nomen huiusmodi soboli legibus accommodandum esset, quærebatur.* Nam si ante illam constitutionem iam inductum erat nomen naturalium nepotum, quænam dubitandi ratio esse poterat, an naturalis nepotis nomen hic

De nepotibus naturalibus.

Nouell. 89. quib.mod. natur. effic. sui.

d.l.vlt.C. de natur.liber.

mereretur, qui ex iusto filio quamuis illegitimo patre susceptus esset? Vtique enim de illo non quærebatur an legitimus nepos dici deberet, qui ex iusto filio illegitimè natus fuisset. Duo igitur volebat auus in illa specie à legibus impetrare. Primùm illud vt hunc filii sui legitimi filium illegitimum nepotem vocare nepotísque loco habere posset, quia nimirum videbat futurum vt nihil posset ei relinquere si non nepotis sed extranei loco & iure illegitimus ille habendus esset. (alioqui quid interesset an nepos esset an extraneus si perindè ab extraneo atque à patre aut ab auo capere illegitimo licuisset?) Idque probatur manifestiùs ex eo quod sequitur apud Iustinianum *Volebat enim tali naturali nepoti ex suo legitimo filio iam defuncto progenito totam suam substantiam relinquere.* Deinde volebat auus vt quemadmodum patri concederetur filio suo illegitimo relinquere siue institutionis siue alio quouis titulo, ita & sibi liceret eodem humanitatis & pietatis intuitu instituere hunc nepotem, verùm non ad eum vsque modum tantùm qui patris iudicio & liberalitati præstitutus erat, hoc est vsque ad sex vncias, sed in totum assem *quasi sacris constitutionibus*, inquit lex *tantummodò in filijs naturalibus prohibentibus totum patrimonium siue quantam partem voluerit eis relinquere & certo fine partes eorum concludentibus.* Iustinianus autem priusquàm ad propositam dubitationem respondeat & vt generaliori constitutioni locum aperiat, præfatur in alio quoque nepotum illegitimorum genere idem quæri posse, adeóque iam quæsitum fuisse: cùm ait *Huiusmodi autem dubitatio & in alia specie ventilata est. Quid enim,* inquit, *si ex naturali filio nepotem habeat auus legitimum patri suo, vel naturalem?* Siquidem tria omnino sunt genera nepotum naturalium & illegitimorum. Alij sunt naturales ex filio naturali & illegitimo, alij naturales ex filio legitimo. Alij denique nati ex naturali quidem filio & illegitimo, sed legitimè iustísque ex nuptiis, qui quamuis legitimi sint patri suo, perinde tamen auo sunt illegitimi atque si patrem quoque naturalem & illegitimum haberent, quoniam fieri nequit vt per medium inhabile id est per mediam illegitimi patris personam auo legitimè coniungantur Ideóque vt appareat eandem omnium rationem & condicionem esse, placet Iustiniano idem ius in omnibus constitui oportere. Sic enim scribit *In omnibus itaque talibus dubitationibus*, & tota reliqua lege non iam de nepote in numero singulari loquitur, sed de nepotibus in plurali, facta de omnibus illegitimorum nepotum speciebus generali decisione. Rursum antequàm in huiusmodi nepotum illegitimorũ fauorem quicquam constituat, præmittit verendum non esse ne si quid humanius pro talibus nepotibus inducatur, vt ex aui iudicio & voluntate capere aliquid possint, paullatim illud quoque incipiat dici aliquid iis tanquam nepotibus & descendentibus vel inuito auo relinqui oportere, quia cùm remaneant semper illegitimi, ij quoque qui ex legitimo matrimonio nati sunt, naturali & illegitima sobole interueniente, fieri non potest vt necessitas ex legibus immineat aliquid eis relinquendi. Neque enim à natura licèt ex maxima ratione naturali, sed ex legum ciuilium præscripto & autoritate fit vt pater filio, auus verò nepoti & prædefuncto filio aliquid relinquere compellatur, Quæ tamen legum potestas & autoritas iis accommodari nequit quos leges non agnoscunt, cuiusmodi sunt isti nepotes naturales & illegitimi, qui licèt tandem à legibus & nepotum & naturalium nomen meruerint, non idcirco tamen legitimi facti sunt, quia longè aliud est nepotum nomen à legibus habuisse, aliud verò legitimos

timos effectos fuisse, Sicuti suprà diximus concubinatū habuisse nomē à legibus ex *l.3.D.de concub.* neque tamen legitimum idcirco fuisse, aut etiamnum esse, quisquam dicere bene possit, non magis quàm stuprum, incestum & adulterium quæ à legibus similiter nomen habuerunt, nec idcirco tamen legitimæ coniunctiones dici possunt, sed potiùs legitima crimina. Hoc igitur est quod sequitur apud Iustinianum *cùm nulla legitima consequentia in huiusmodi personis custoditur, sed interuentu sobolis naturalis nullum ius legitimum subesse potest vt necessitas relinquendi aliquid eis ex legibus immineat*, vbi notandum est quod ait *interuentu sobolis naturalis* non de illo solo casu accipi debere quo pater qui medius est inter auum & nepotem fuerit naturalis, sed de illo etiam quo pater ille fuerit legitimus, dummodò nepos illegitimus sit. Vtroque enim casu verum est naturalem & illegitimam sobolem interuenire, id est, adesse, neque legitimam consequentiam in filiis & nepotibus aliter custodiri quàm si & legitimus filius sit, & legitimus quoque ex filio nepos, Alioquin siue filius, siue nepos illegitimus sit, legitimam successionem quam obscurè magis quàm latinè consequentiam Iustinianus vocat, interrumpi & deficere necesse est. Cōstitutionis autem summa hæc est, vt *liceat auis quantum voluerint substantia suæ in nepotes conferre*, id est non ad certum vsque modum quem sex vnciis concludi in naturalibus liberis primi gradus idem Iustin. voluit, sed quantum libuerit, adeóque totam suam si velint substantiam. Non enim eadem ratio nepotibus obstat quæ filiis, quod ad hanc rem attinet vt auis data licentia relinquendi nepotibus perinde coarctari debeat, ac ea quæ patribus primùm concessa fuit, vt filis suis naturalibus relinquere possent. Filiis namque naturalibus, vt lex ait, relinqui constitutiones quantum patres voluerint, ideo prohibuerunt, quia vitium paternum refrænandum esse existimarūt. In nepotibus autem quicumque tādem illi sint, nihil tale est quod tractari possit. Nam tùm quoque cùm ex filio naturali nepos natutalis susceptus fuit, nullum aui delictū aut vicium est circa nepotem, ac multò minus si ex filio legitimo nepos illegitimus, aut ex filio illegitimo nepos legitimus natus proponatur. Quæ tamen ratio cauendum est, ne nos cum interpretibus fallat. Sic enim ab illis vulgò accepta est, vt à solo patre accipere prohibiti sint naturales, nō etiam ab auo, aut ab extraneo, quasi non tam propria obstet iis condicio, quàm odium vicij paterni, quod neque ad auum, neque ad alios agnatos cognatósve, longè minùs autem ad extraneos porrigatur. At nos in superioribus docuimus, quod verissimum est, non odio patris, sed sola naturalium liberorum, de quibus nunc agimus cōdicione factū esse vt nihil iis ab initio relinqui potuerit, tāquā qui cum essent illegitimi iā inde ab ipsis naturalibus, nec ciues romani essent, nec capaces vllius iuris quod romanorum legibus nō nisi ciuibus romanis deferretur, Qualia hæc sunt, vt vel testamentum facere, vel ex testamento capere permittatur. Cui consequens est vt quemadmodum ratio hæc generalis est, ita generaliter ius illud obtinuerit vt non magis ex aui, aut agnati, aut cognati, aut etiam extranei quàm ex patris naturalis testamento capere naturalis quisquam posset. Tantúmque abest, vt vicij paterni odium causam dederit prohibitioni, vt è contrario patribus primùm ac solis ab initio permissum fuerit filiis aliquid dare, & quidem humanitatis intuitu, vt ait Iustinian. in *d.l. humanitatis 8.eod.* Inhumanum enim videbatur vt patres qui vitam dederant nihil tamen dare possent quo vitam illam miserrimi filij tue-

L.3.D. de concub.

Quomodo intelligenda sit ratio posita in d.l.vl. C.de natur. liber.

d.l. humanitatis 8.eod.

rētur. Aui, agnatorum, cognatorum, extraneorum denique omnium aliā ratio erat, qui ſicut vitam non dederant, ita neque humanitatis, neque alio vllo prætextu tam facilè poterant inuita iuriſprudentia extorquere vt erga eos qui illegitimi, omninóque legibus incogniti eſſent, teſtamenti factionem, ne actiuā quidem habere deberent. Itaque delirant apertè interpretes, cùm illegitimos omnes vtramque teſtamenti factionem habere probant hoc argumēto, quòd vtramque habeant omnes qui modo prohibiti non ſint habere: iſti autem non ab alio quàm à patre ſupra modum conſtitutum capere vllo iuris loco prohibiti reperiantur. Contrà enim ſic potiùs ratiocinari debuerunt, Neminem habere teſtamenti factionem, ſiue actiuam, ſiue paſſiuam niſi qui ſit ciuis romanus & legibus romanorum cognitus, ex quibus proficiſcitur totum ius & teſtādi, & ex teſtamēto, aut alia vltima volūtate capiēdi. Illegitimos porrò tales nō eſſe, cùm inde illegitimi dicantur quòd à legibus ſint prorſus alieni. Niſi quatenus ex poſteriorū Impp. conſtitutionibus capaces fieri cœperunt. Extra caſum igitur earū conſtitutionū non poſſe quicquam eos capere ex teſtamento, ſiue patris, ſiue aui, ſiue proaui, ſiue agnati, ſiue cognati, ſiue extranei. Nec ergo inſpiciendū, aut quæſitū eſſe, An capere prohibiti ſint, ſed an permiſſi, Vt iam probauimus ex illis Nouellæ verbis *alij quidem & dari & relinqui eis aliquid à patribus concedentes*. Prohibitio nāque tunc probāda eſt cùm agitur de iis excludendis qui ſi prohibiti nō eſſent iure aliquo ſpeciali, vtique ex iure cōmuni admitterentur, Quod naturalibus liberis nō cōuenit, qui ſunt incapaces nō lege aliqua ſpeciali, quomodo cæteri omnes de quibus lex Iulia Papia, & aliæ latæ ſunt, ne capere quicquā poſſent, & ad quos pertinent iura omnia quæcūque in libris noſtris de incapacibus ſcripta legimus, ſed ex ipſo iure cōmuni tāquā iuris romani penitus expertes, & peregrini. Atqui nō eo minùs ſunt illi peregrini, quòd agatur de capiendo ex teſtamēto aui, vel proaui, vel cognati, vel extranei. Perinde igitur his quoque caſibus fuerunt, ſunt, & erūt incapaces acſi de patris teſtamēto & hereditate ageretur, niſi quatenus nouæ leges iis fauent. Porrò nulla vſpiā lex eſt quæ vllo omnino caſu permiſerit naturalibus vt caperent ex vllius extranei teſtamento. Falſum igitur eſt quod vulgo creditur poſt *Accurſ ad § vlt. d. Nouell. 89.* naturales tāquā alios quoſlibet ab extraneo heredes inſtitui poſſe. Quare nec ſatis mirari poſſum virū doctiſſimū Iacobum Cuiacium in iuris noſtri principiis, ſi quis vnquā alius, tam benè verſatū (Ioānē Antonium Manutium Doctorē meum ſemper excipio) neque propenſum facilè ad vulgarium interpretum errores adiuuandos, in hunc tamen errorem conſenſiſſe. Is enim ad 2. *part. Nouell. 22. De nupt.* ſcribit apertiſſimè filium naturalē patri quoque ex teſtamento heredem eſſe olim potuiſſe in aſſem ſicut extraneum quemlibet, quaſi verò fuerit ea capiendi licentia poſteriorū Imperatorum conſtitutionibus reſtricta, ac non potiùs tùm primum ab Imperatoribus inducta & indulta. Sed illud multò magis miror quod idem Cuiacius ſcripſit in *parat. ad tit* D. *de concub.* Concubinatū legitimam coniunctionē eſſe vt matrimonium, liberos ex cōcubina ſuſceptos non eſſe ſpurios, ſed naturales, patrémque habere ſicut & illos qui ſuſcepti ſint ex contubernio, aut ex matrimonio, aut ex adoptione, niſi quod inquit, ex concubinatu & contubernio pater naturalis eſt, ex matrimonio & adoptione iuſtus, ex ſtupro nullùs. Quæ omnia ex iis quæ ſuprà diximus legibúſque pro noſtra ſententia citatis tam euidenter refelluntur vt nihil dici poſſit euidentius. Ex eo autem maximè quòd

Mala ratiocinatio interpretum.

Accurſii error ad § vl. d. Nouel. 89.

Error Cuiacij ad Nouell. 22. De nupt.

Alius error Cuiacij.

quòd si concubinatus legitima esset, vt ille vult, coniunctio, prorsus consequēs esset vt patrem faceret non solùm naturalem, sed etiam legitimum, & consequenter, quod tamen ille ipse negat, & rectè, iustum. Nisi fortè distinguendum putauit inter iustum & legitimum, quam distinctionem tunc ego admittam non illibenter, cum mihi persuasum erit ius hac parte à legibus differre. Aut cùm quis pro Cuiacio me docuerit quod sibi velit titulus ille *Nouell.* 74. *Quib mod. natur. filij effic. legit.* si esse naturalem hoc ipsum significat, legitimum esse. Quid ergo est, inquies, quod Iustin. scribit in *dicta lege vltim. De natur. liber. Filiis enim naturalibus relinqui constitutiones quantum voluerint ideo prohibuerunt*, si prohibitio nulla intercessit? Respondeo constare ex superioribus ita Iustinianum scripsisse, quoniam posteriores Imperatores cùm fauore liberorum naturalium & humanitatis intuitu permiserunt filiis naturalibus, vt ad certum vsque modum capere possent hoc ipso prohibuerunt ne quid supra modum illum capere possent, hoc est ne quid extra modum illum de iure vetere & communi derogatum intelligeretur. Itaque non de illa prohibitione loquitur Iustinianus quæ specialiter & expressim facta sit, sed de illa quæ tacite consequens sit licentiæ datæ capiendi ad certam vsque quantitatem, id est quam præcesserit non permissio iuris communis, vt vulgo interpretes malè opinantur, sed permissio iuris noui ab Imperatoris inducti contra ius ipsum commune, Non alio planè sensu quàm si pro verbo illo *prohibuerunt* scriptum esset *non permiserunt*, quomodo scripsisset, ni fallor, Tribonianus si aut elegantius loqui didicisset, aut vereri potuisset futurum aliquando, vt in tam aperto iure interpretes omnes cæcutirent. Atque ita etiam accipi debet quod sequitur in eadem Iustiniani constitutione *Sobole enim legitima subsistente veterum constitutionum tenorem in naturalibus filiis statutum, & in nepotes extendimus.* Sensus namque est non vt extensione aliqua & speciali lege opus sit ad excludendos nepotes naturales ne ex aui testamento capere quicquam possint si qua soboles adsit legitima (sufficiebat enim quod non fierent capaces cùm ipso iure iam exclusi essent tanquam alienigeni & peregrini.) Sed quia factis illis capacibus ex noua illa Iustiniani lege dubitari poterat an legitima quoque sobole subsistente perinde capaces facti essent, ni Iustin. expressisset eo casu se veterum constitutionum tenorem quæ de filiis latæ fuerant ad nepotes extendere, Quod ipsum nihil aliud est quàm eo casu incorrectum manere ius vetus ex quo erant illegitimi omnes, & omnium, & ab omnibus incapaces. Quid enim aliud prioribus constitutionibus circa filios naturales existente legitima sobole cautum erat, nisi vt non magis capere quicquam supra vnciam possent, quàm si vt antea legibus omnino incogniti mansissent. Proinde si quis hodie quærat, Cur legitima sobole subsistente nihil relinqui possit illegitimo nepoti, non possis meliùs respondere quàm si rationem illam adferas, quòd ei hoc casu capere non sit permissum. Id enim sufficit, quamuis nec prohibitum sit, nisi in tacitam consequentiam permissionis ad casum cōtrarium restrictæ. Neque sanè fuisset necesse versiculum illum adiici nisi omnis dubitationis tollēdę gratia, cùm dubitari potuisset an sicuti meliorem fecerat Iust. condicionem nepotum quàm filiorū in eo vt totā aui substantiam nō ad certum vsque modū capere possent ex eiusdem voluntate (addita etiam ratione illa quod non sicut patri circa filij

Inter iustū & legitimū patrem nihil distat.

L. vlt. C. de natur. liber.

De sententia versic. sobole enim d. l. vlt.

personam ita & auo circa nepotem imputari quicquam posset.) Sic in eo quoque melior condicio facta videri deberet vt quamuis legitima sobole subsistẽte filij omnino extra vnciam excluderẽtur, nihilominus nepotes admitterẽtur. Quemadmodum ab eodem Iustiniano factum videmus, vt quia iis constitutionibus quas ad exemplum Zenonianæ & Anastasianę tulerat de liberis naturalibus per subsequens matrimonium legitimandis non expresserat modũ illum quẽ priores Impp. expresserant, si legitima soboles nulla superesset, inde nata dubitatione an modus ille prętermissus pro expresso habẽd᷒ esset an pro omisso, necesse illi fuerit in eam rem ferre nouam legem qua declarauit velle se haberi eum pro omisso *Nouell. 12. cui tit. est de incest. nupt.* In eo fauens liberis naturalibus per subsequẽs matrimoniũ legitimatis plus quàm priores Imperatores fauere voluissent. Cęterùm si nihil ex iure vetere Iustinianus in nepotib᷒ naturalibus immutasset, nihil causę erat cur moneret extendere se ad nepotes quod fuerat in filiis cõstitutũ, cùm eo solo quòd nõ essent facti capaces, remãsissent vtiq; incapaces. Idque apertius intelligitur ex eo quod subiicit Iustinianus, *Sed hoc in his tantummodo sancimus in quibus ex voluntate aliquid consecuti sunt. Iura etenim ab intestato in aui successionem nemini eorum penitus aperimus.* Nam sicuti apud omnes in confesso est, filios, naturales etiam legitimis nullis subsistentibus nullomodo succedere posse ab intestato ex iure Codicis, Ex nouella verò 89. non nisi ad duas vsque vncias, & quod ad patris bona attinet dũtaxat, si neque iusti liberi, neque iusta vxor supersit, nepotes autẽ ne in duabus quidem illis vnciis, vt mox dicemus, Ita fatendum est non aliam iuris huius rationem adferri posse, quàm quòd nulla vnquam constitutione si vltimam hanc Nouellam excipias aperta sit iis ad intestati successionem via quæ antea semper nõ ex prohibitione aliqua, sed ex propria ipsorũ cõdicione velut alienigenis & peregrinis fuerat pręclusa & obstructa, quẽadmodũ & via ad successionẽ testati, nisi ex quo tẽpore & quatenus Impp. vt ex eadẽ Iustiniani Nouella suprà diximus eam aperuerunt. Vnde illud etiam est quod quamuis filij primi gradus, vt modò dicebamus, deficientibus legitimis succedant ab intestato in sextante, non idem tamen de nepotibus dici possit, quia filiis solis viã Iustinianus hanc apperuit, nepotibus non item. Quod nec vulgares interpretes ignorarunt, Quamquam non ea iuris ratione moti quę nos mouet, sed ex eo maximè quo etiam mouemur, quod Iustin. eã ipsa Nouella 89. qua tam impensè fauet filiis naturalibus vt ad sextantem ab intestato admitti eos velit, nihil tale constituit in nepotibus, Quinimo de iis expressim cauet ad *fin. cap. 12.* in hæc verba *De nepotibus enim naturalibus quæ iam à nobis specialiter etiam de ipsis dispositia sunt obtineant*, quibus verbis apertissimè constituit vt incorrecta maneant omnia quę de nepotibus sancita sunt in *dicta lege vlt.* Is enim solus in toto iure nostro locus est quo de nepotibus naturalibus aliquid præsertim à Iustiniano cautum reperitur, Quo argumento non desunt, qui etiam defendant ne quidem vnciam nepotibus naturalibus relinqui posse in aui testamento, si qua legitima sobole supersit, propterea quòd solis filiis eo casu subsistentium legitimorum aperta sit via ad successionem testati pro vncia, De nepotibus autem nihil tale constitutum inueniatur: Sed parũ subtiliter, meo iudicio, siquidẽ in hac ipsa *l. vlt.* Iustin. apertè scribit, Legitima sobole subsistente se veterũ cõstitutionum tenorẽ in filiis naturalibus statutũ etiã ad nepotes extendere. An non enim prorsus consequens est, vt quemadmodum legitimi liberi

Nouell. 12. De incest. nupt.

Ver. sed hoc in his d. l. vlt.

Nouell. 89. cap. 12. ad fi.

In nepotibus illegitimis nihil à Iustiniano correctum est.

liberi non obſtant filio naturali quominùs vnciam ex patris teſtamento capere poſſit,ita nec obſtent illegitimo nepoti quominùs tantundem capere ipſi liceat ex teſtamento aui? Et verò cùm Iuſtinianus fauorabiliorem efficiat condicionem nepotis quàm filij naturalis in cauſa teſtati, vix credibile eſt deteriorem eſſe voluiſſe in cauſa inteſtati. Nam quod in *d.l.vlt.* profitetur ille, nolle ſe cuiquam nepotum ad ſucceſſionem inteſtati viam aperire, non aliam rationem & cauſam habuit quàm quod eo tempore nec filiis ipſis via illa vllo caſu aperta eſſet. At vbi cœpit aperta eſſe vno caſu ad modum vſque ſextantis, non poſſis dicere,cur non debuerit etiam aperta eſſe nepotibus, Videtúrque id factum aut potiùs prætermiſſum per incuriam & errorē Triboniani magis quàm aut iudicio vllo aut ratione. Quāquam fateor nō poſſe id facere,vt ex rationis identitate Iuſtiniani conſtitutio de filiis tantùm locuta extēdi debeat ad nepotes,quorum excludendorum gratia cùm ſint ipſi non tam ex iure vetere quàm ex propriæ condicionis vicio prorſus incapaces, ſatis eſt nihil hac parte in eorum fauorem iure nouo fuiſſe cōſtitutum. Sequitur poſtrema Iuſtinianeę legis clauſula hiş verbis concepta, *Et hæc non ſolùm eis accedere cenſemus à ſubſtantia aui paterni naturalis, ſed etiam proaui, vel eius cognationis, ſi quis ſaltem huiuſmodi vocabulum in tā degeneres homines extendere maluerit.* Cuius clauſulæ ſenſus prima facie non obſcurus ille eſt,vt quod ea lege conſtitutum fuit in fauorē nepotis naturalis & illegitimi quantum ad aui ſubſtantiā pertinet, idē ratione proaui cæterorúmq; omniū qui huius illegitimi nepotis cognati ſunt ex parte patris conſtitutū intelligatur. Quid autē conſtitutum fuit quod ad auum? Hoc vnum vt nullis exiſtentibus legitimis poſſit auus totā ſuā ſubſtantiā ei relinquere,ſiue teſtamento,ſiue qualibet alia,vel vltima, vel inter viuos voluntate. (generale namque eſt *voluntatis* nomen quo Iuſtinianus vſus eſt in illo verſic. *ſed hoc in his tantummodò ſancimus in quibus voluntate aliquid conſecuti ſunt.* Sicut & cæterę leges omnes quę hac in re naturalibus fauent ad omnē voluntatis ſpeciem pertinent *d.l.iubemus 6.d.l.humanitatis* 8.*in fin.& paſ. eo.tit.*) Legitima verò ſobole ſubſiſtente nihil ex aui teſtamento capere nepos poſſit excepta,vt diximus,vncia,ab inteſtato verò ne obolum quidem. Ergo quod ad proauum cæteróſque patris cognatos idem obtinebit vt nulla exiſtēte legitima ſobole poſſint huic nepoti quantum libuerit relinquere: Ea verò exiſtēte aut ab inteſtato nihil prorſus. Neque hoc vllam,aut apud interpretes, aut apud me habet dubitationem. Sed de illo tamen dubitari poteſt quod lex ait de legitima ſobole cùm de paternorum cognatorum bonis agitur an accipi debeat de legitima ſobole aui cuius nepos hic eſt illegitimus, an potiùs de legitima ſobole cognati qui nepotem hunc illegitimum heredem inſtituerit. Etſi non reperio interpretem qui hanc vel ſummis digitis attigerit dubitationem. Quam ad paternos cognatos reſtringo,quia,ſi bene inſpicias, cadere in proauum aliúmve ex aſcendētibus nullomodo poteſt,Nempe quòd omnes quotquot ſunt à proauo aliiſve ſuperiorum graduum parentibus deſcendentes legitimi,ſoboles legitima ſunt eius ipſius teſtatoris cuius & illegitimus nepos hic eſt de quo diſputamus. Nec enim minùs ſum ego legitima ſoboles aui, proaui,abaui, ataui mei & deinceps quàm patris mei dummodò legitima ſucceſſio & filiatio nunquam fuerit interrupta. In cognato igitur nepotis huius illegitimi de quo agimus,non aliud eſt, quia, cùm ſit ipſe quoque ex deſcendentibus,ſi legitimos liberos is habeat,erit illa ſoboles legitima eius

Verſic. Et hæc non ſolùm d. l. vlt.

Noua & elegans dubitatio.

ipsius cuius nepos illegitimus est. Etsi enim nõ cognati sui, sed aui cęterorúmque ascendentiũ proles illegitima est hic nepos (siquidem cùm prolẽ & sobolẽ dicimus non nisi descendentes significamus) cognati tamen filius legitimus idẽ est pronepos legitimus aui illegitimi, & cõsequenter ex ipsius sobole legitima. At quia nõ similiter legitima soboles aui potest dici legitima soboles nepotis legitimi fiet locus dubitationi si ponas superesse legitimam sobolem aliquam ex auo, nullam verò ex nepote legitimo eodémque testatore. Quæstio igitur in eo est, An cognatus paternus nepotem istum eundémque cognatum suum illegitimum heredem instituere possit, ita demum si nullam testator ipse iustam sobolem habeat, licèt ex eodem auo supersint alij legitimi descendentes, An verò curandum non sit vtrum cognatus hic testator liberos aliquos legitimos habeat, sed illud tantummodo inspiciendum, Vtrum legitima aliqua soboles supersit ex eo ipso cuius nepos hic illegitimus est, vt eo casu non possit nepos institui ab illegitimo cognato paterno quamuis nullos ipso liberos habente. Quæ quæstio cùm hæc Romæ scribebamus à nobis summa diligentia & contentione tractabatur pro Illustrissima & Excellentissima D. Principe Anna Estensi Gebennensiũ Namurci Carnutũmque Ducissa contra Serenis. Mutinæ Ducem Cæsarem Estensem, quem, quòd Alfonsi primi Ducis Ferrariæ nepos illegitimus esset ex Alfonso filio illegitimo & naturali vt pronunciatum fuerat à Clem. 8. P.M.A. quãuis legitimus ipse esset filius Alfonsi secũdi, negabã ego ab Alfonso secũdo Ferrarię Duce vltimo heredẽ institui potuisse superstite Anna eiusdem Alfonsi secundi sorore ac legitima nepte Alfonsi primi communis aui, ídque ex hac vnica Iustiniani constitutione. Quam sic accipiendam esse defendebam, vt non de cognati testantis, sed de aui paterni sobole iusta & legitima intelligeretur. Aduersarij verò vt eam eluderent dicebant, quoties non de ascendentium sed de cognatorum successione agitur, quemadmodum in proposita specie, sobolem iustam & legitimam interpretandam esse quæ cognati testantis esset, non quæ aui ex quo illegitimus nepos descenderet. Singula, vt inquiebant illi, singulis referendo, Vt quemadmodum cùm de patris successione tractatur inspicimus an prolem aliquam legitimam pater reliquerit, cùm de aui, an auus, cùm de proaui, an proauus, & sic de cęteris ascendentibus, ita & cùm de cognato testatore loquimur, inspicere debeamus an is ipse non an alius vllus superstitem habeat legitimam prolem. Addebant euidentem esse rationem iuris & æquitatis propter quam difficiliùs permittendum fuerit cognato legitimos liberos habenti, cognatum illegitimum heredem scribere, quàm si nullos ipse haberet, quasi nimis durum foret si propriis neglectis liberis ei permitteretur heredem hunc scribere qui non solùm legitimus non sit, sed nec filius naturalis. Cùm ex communi parentum voto deferatur liberis paterna hereditas, non etiam cognatis hereditates cognatorum *l. 1. l. nam etsi 15. D. de inoffic. testam. scripto 7. §. vlt. vnd. liber. l. 1. §. largius D. de success. edict.* At ego quod ad primam rationem pertinebat, negabam in proposito singula singulis referri posse, contẽdebámque, siue pater, siue auus, siue proauus, siue quispiam ex cognatis paternis esset is qui testaretur in fauorem illegitimi huius nepotis, non aliter valere posse testamentum, quàm si proles nulla superesset ex eo ipso cuius hic nepos illegitimus esset. Nam si, vt singula singulis respondeant velis, prolem legitimam respectu cognati

eam dici quæ descendat ex cognato ipso eodémque testatore, quemadmodum proles legitima cùm de ascendentium bonis agitur illa est quæ descendit ex ipsis ascendentibus, eadem ratione faciendum tibi erit, vt nepos hic illegitimus, de quo agimus sit ex descendentibus, & proles illegitima eiusdem cognati, sicut est ille ex descendentibus & proles illegitima patris, aui, proaui & ascendentium cæterorum. Nec tamen possis vllomodo, id assequi, vt nepos hic illegitimus sit ex descendentibus cognati sui, cuius est transuersalis. Hoc in summa volo, verba illa exceptionis à Iustiniano positæ *dummodò legitima soboles nulla supersit*, quæ fatentur omnes si de aui, vel proaui successione testamentaria tractetur, non nisi de ea sobole intelligi debere quæ sit ipsius aui, & proaui non similiter accipienda esse de ipsius cognati sobole, quamuis de cognati testamento agitur. Ratio enim differentiæ illa euidens est, quod in aui & proaui personis non alia de causa iustæ ipsorum soboli fauemus, vt ea subsistente nepos illegitimus heres ab iis institui non possit, quàm quia eorundem hic illegitimus nepos & descendens est, quorum alij sunt iusti & legitimi descendentes. Atqui nepos hic illegitimus si cognato suo paterno succedere ex testamento velit, nunquam ex ipsius descendentibus est, cùm sit, vt diximus, in linea transuersali. Cur ergo legitimam sobolem quæ obstare illi debeat ne ex cognati testamento capere possit eam interpretabimur, exemplo aui aut proaui, quæ sit ex ipso cognato? Ac non potiùs eam quæ sit ex ipso auo cuius ipse nepos est illegitimus? Nam & illegitimam sobolem cùm dicimus, eam proculdubio sic appellamus ex comparatione prolis legitimæ, factáque ad legitimam prolem relatione, cùm appellationes istæ *legitima* & *illegitima* sint correlatiuæ. Ergo & legitimam prolem ac sobolem intelligere debemus eius ipsius cuius est illegitima, non alterius: & consequenter legitimam sobolem aui & proaui tum etiam cùm agitur de cognati testamento, Vt iidem illi liberi legitimi qui obstant illegitimo nepoti quominus capere quicquam possit ex aui, aut proaui communis voluntate, iidem obstent etiam ne capere idem possit à cognato, cuius nec legitima, nec illegitima soboles vlla sit. Correlatiuorum enim ea condicio est vt inuicem sint opposita cum suis omnibus qualitatibus, eodem non diuerso respectu. Non enim sunt verè opposita quæ non nisi diuerso respectu talia sunt. Igitur quemadmodum quod dicimus institui à cognato posse prolem illegitimam dummodo iusta soboles nulla supersit intelligitur de illegitima sobole transuersali, quia cognatus cognato semper transuersalis est, descendens nunquam, Ita & exceptio quæ legitimam sobolem ita excipit, vt eam illegitimæ opponat de legitima sobole transuersali non de ea quæ sit descendens ex ipso cognato intelligi debet. Idque si bene inspicias naturalem habet intellectum. Cùm enim illegitimi nascendo non aliis iniuriam faciant quàm legitimis ex eodem patre natis, aut ex eodem auo, vel proauo, non item legitimis ex alio susceptis cuius ipsi non sint illegitimi, consequens & conueniens fuit, vt posteriores Imperatores qui certis casibus eos capaces facere voluerunt, prouiderint ac prouidere debuerint ne id fieret cum incommodo & præiudicio legitimorum, quibus alioqui natiuitas illegitimorum non modò iniuriam, sed damnum etiam esset allatura. Quid enim commune habet legitima soboles mea cum tua illegitima ad impediendum ne relicta iustis meis liberis ea portione quæ

ex legibus debita est, possim de superfluo quantum voluerim naturalibus & illegitimis tuis relinquere? Nimirum si cum interpretibus admittas, quod tamen nos negauimus, naturales capere posse, vt extraneos quoslibet ab extraneo quocumque. Nam quis vnquam, vel ex interpretibus ipsis dixit sobolem legitimam testatoris omnino extranei facere debere, vt in eo quod excedit debitam liberis portionem non liceat ei quantum ex bonis suis voluerit, in illos alterius naturales filios conferre qui deficiente iusta testatoris sobole totius hereditatis capaces existimentur? Ex quo etiam ad secundam illam quam suprà attulimus aduersariorum obiectionem responderi facilè potest. Etenim quod dicimus descendentibus deberi hereditates ascendentium ex parentum ipsorum voto, nihil aliud inducit, nisi vt legitima saltem portio iis relinqui debeat, non etiam vt inuitis parentibus tota successio iis deferatur *d.l.nam etsi l.vltim.*D. *de bon.damnat.* Quòd si cùm de testamento extranei agitur & quæritur an naturalis ex eo capere aliquid possit, non inspicimus an extraneus ille sobolem aliquam legitimam habeat necne, Cur si de cognati hereditate ac testamento agatur inspicere volumus an aliqua sit ei iusta soboles an nulla, Vt aliqua existente non possit naturalis capere ex testamento cognati, quod capere posset in simili casu ex testamento extranei? Et verò ita esse vt Iustinianus in *d.l.vl.*excipiendo eũ casum quo legitima soboles supersit nõ de alia sobole senserit quàm cui nepos illegitimus nascendo iniuriam fecerit, hoc est quæ sit eius ipsius cuius & illegitima soboles est, Ex eo probari non ineleganter potest quod idem Iustin. cõstituit *d.Nouel.* 89.*ca.*12. vnde sumpta est *Auth.licet eod.tit.* De *nat.liber.* vt in eo sextante cuius ille primus naturales filios capaces fecit ab intestato nõ aliter succedere possit filius naturalis quàm si non modò iusta proles nulla sit, sed nec iusta vxor. An ne fiat iustę vxori iniuria si filius naturalis ad sextantis illius successionem admittatur, & vt filio naturali vxor legitima pręferatur? Minimè. Constat enim vxorem à bonis intestati mariti cui agnatus, vel cognatus aliquis supersit esse omnino extraneã *l.vlt.C.quor.bonor.* nec nisi deficiẽtibus iis omnibus, & ad solius fisci exclusionem posse illam viro, & vicissim vxori virum succedere *l.vnic.* C.*vnde vir & vxor.* Sed quia illegitimus ex viro ligitimè coniugato natus non solùm iustis liberis ex legitimo matrimonio susceptis, vel suscipiendis iniuriã fecit nascendo, verùm etiam legitimæ vxori, qua extante non licuit habere cõcubinam *l.vnic.C.de concub.* bene vidit Iustinianus ęquum non esse, vt illegitimorũ ratio vlla haberetur, quandiu legitima vxor superesset, licèt neque succedere ipsa posset, aliis fortè agnatis cognatisve superstitibus, neque iusta ipsius ex eodẽ matrimonio soboles, quæ nulla esse proponeretur. Ergo cùm negari non possit omnem qui illegitimus nascitur hoc ipso iniuriam facere legitimis omnibus ex eo descendentibus, ex quo & illegitimus ipse descendit, fatendum etiam & multò magis est, quandiu ex iis legitimis, vel vnus superest cuiuscumque sexus & condicionis sit non magis cognato quàm patri ipsi, vel auo, vel proauo permittendũ esse, vt illegitimũ vlla in re instituat, siquidẽ ab intestato legitimus ille superstes, cognato suo proximo aut veriùs agnato in totum assem successurus esset, in eoque plus iuris haberet quàm legitima vxor, quę tamẽ vt diximus impedit ne ab intestato, vel in modica portiũcula, id est, in sextante succedere filius naturalis possit, Nec est quod quis replicet cognatũ hunc si nepotem istum illegitimum de quo agimus,heredẽ non scripsisset, potuisse alium

Authent. licet C. de natur. liber. sumpta ex dict. Nouell. 89 quib. mo[dis] n[atur]. effic. sui cap. 12.
L. vlt. C. quor. bonor.
L. vnic. C. vnde vir & vxor.
L. vnic. C. de concub.

alium quemlibet etiam extraneum scribere ex toto asse, præterito cuiuscumque gradus & sexus agnato. Vt proinde nulla proli legitimæ iniuria fieri videatur si naturalis totam habeat cognati substantiam, quam circumducta naturalis & illegitimi nepotis persona extraneus alius quilibet habere potuisset. Non enim credibile est fratrem oblitum fraternæ coniunctionis tam facilè quæsiturum sibi heredem in familia siue omnino extranea siue remotioris alterius cuiuspiam agnati aut cognati præterita persona fratris legitimi vel legitimæ sororis, quàm facilè sibi quærit ex illegitimis quos in propria familia inuenit, nec minus familiæ nomen gerentes quàm si ex legitima coniunctione in familia essent. Quo magis prouidendum fuit ne in præiudicium legitimorum, quæri & eligi heredes possent, vt solet ciuilis legislator in eo quod contra rationem faciliùs euenire posse videt, maiorem ne id eueniat cautionem adhibere. Nam vt agnato vel cognato aliquo superstite non posset extraneus heres institui, non poterat legislator constituere quin liberam testandi facultatem aufferret, nedum constringeret, quam tamen lex duodecim tabularum induxit, & cui cæteræ omnes leges tantopere fauent. Satísque visum est si fratribus & sororibus legitimis tanquam proximioribus agnatis hactenus prospiceretur vt iis præteritis querela inofficiosi testamenti daretur, ita demum si vel turpis persona esset instituta, vel ea quæ non careret aliqua saltem maculæ nota *l. fratres 27. C. de inofficios. testament.* At vt nemini ex agnatis liceret heredem instituere illegitimum nepotem eius ex quo legitima proles superesset tametsi agnati ipsius testantis nulli liberi extarent, potuit debuítque constitui citra periculum vllum restringendæ facultatis testandi, quia illegitimus hic nepos talis erat, quem nemo ex agnatis quantumuis amplam habens testandi facultatem, instituere potuisset tanquam alienigenam & peregrinum, ni Iustinianus instituendi eius potestatem indulsisset. Itaque non id agendum Iustiniano fuit vt propter legitimam sobolem aui cuius hic nepos illegitimus esset, fieret ille incapax successionis & bonorum cognati, quod duriusculum fortasse videri debuisset, sed illud tantùm vt quandiu aliquis superesset ex legitimis, quem verisimiliter agnatus siue ex testamento siue ab intestato fuerat prælaturus non modò cuilibet extraneo, sed cæteris etiam remotioribus agnatis aut cognatis, si nepos hic illegitimus in rerum natura non fuisset, nihil noui fauore nepotis illegitimi induceretur, sed maneret ille vt semper anteà incapax habendi quicquam ex testamento cognati, Ne aliter posito iure fieret iniuria non solùm legibus quibus omnino incognitus est, quisquis est illegitimus, sed etiam proli legitimæ, quæ iam passa iniuriam ex illegitimi nepotis natalibus, vtpote patri aut auo suo legitimo incontinentiæ vicium assiduè exprobrantibus, longè maiorem pateretur & grauiorem, si propter talis nepotis institutionem ab agnato factam priuaretur emolumento successionis, quam illegitimo nullo subsistente sperare licitè ac ex legibus potuisset. Maximè verò, si vt in specie nostra euenerat, illegitimo isti nepoti substitutus nemo alius proponatur quàm qui vel ex eius familia sit, vel perinde illegitimus quoque, aut ex illegitimo susceptus. Tunc enim nemo est qui legitimæ proli aufferat agnati successionem ex iudicio testatoris, seclusis illegitimis qui omnes incapaces reperiuntur. Quod secus esset si illegitimis substitutus esset in casum vulgarem alius, cum quo libera esset factio testamenti: Eo namque casu minùs interesse legitimæ sobolis videretur, quæ

l. fratres 27. C. de inoffic. testam.

scilicet illegitimis quoque omnibus exclusis nihilomagis esset successura. Quamquam non eo minus obstare deberet ne illegitimorum institutio aut substitutio valere posset, quippe quorum nulla prorsus ratio habenda est quamdiu legitimi supersunt, quamuis aliqua de causa succedere non valentes, sicut de liberis in condicione positis ad fideicommissarii exclusionem scriptum est in *l. filiusfamilias* 114. *§. cùm erit rogatus De legat.* 1. & exemplo rursum eius quod modò de iusta vxore dicebamus, obstare illam naturalibus liberis ne sextantem ab intestato habere possint, quamuis ea ne quidem in obolo succedat. Etsi, ne quis decipiatur, differentia illa inter legitimam sobolem & legitimam vxorem obseruanda est, quod legitima soboles semper & omni casu obstat illegitimæ nec minùs in causa testati quàm in causa intestati, iusta verò vxor non nisi in causa intestati, quia semper fauorabilior est qui expressa quàm qui tacita duntaxat nititur testatoris voluntate. Accedit pro adiuuanda nostra interpretatione quod Iustinianus in *d.l.vlt.* cùm tractat de illegitimo per cognatum instituto non nominat eum cognatum testatoris, sed de illo loquitur sub nomine nepotis: quo tamen nomine donari non potest nisi ex comparatione aui vt nemo non videt. Ergo quod lex vult posse hunc nepotem institui etiam à cognato si nulla proles legitima superstit, necessariò de aui prole & descendentibus intelligendum est non de prole cognati testatoris. Alioqui si prolis ex auo superstitis ratio habenda non esset, quid attineret de auo aut nepote tractare, ac non potiùs de cognato cùm de cognati bonis & successione ageretur? Et tamen non solùm in *d.l.vlt.* sed etiam quod magis est, in *dict. Nouell.* 89. *cap.* 12. *in fin.* vbi post absolutum tractatum De primi gradus filiis naturalibus, transit Iustin. ad cæteros illegitimos, non nisi de nepotibus loquitur, De cognatis verò ne verbum quidem tametsi tota ea Nouella profiteatur nihil se velle intactum relinquere quod ad naturalium in succedendo iura pertineat, Vt intelligamus tum quoque cùm de cognati successione tractatur, factos esse illegitimos capaces quidem succedendi ex testamento sub perpetua illa exceptione si iusta soboles nulla supersit, verùm sub nomine nepotum non cognatorum, id est non tanquam cognatos simpliciter, & sub ea qualitate, sed tanquam nepotes posterósque illius per quem habent illegitimum cognatum, Ac proinde sub exceptione sic interpretanda, si nulla erit legitima soboles illius cuius sunt nepotes. Quod & alia ex ratione non inelegantiore probari potest. Meminisse námque oportet quod in superioribus diximus iam sæpius & probauimus, non modò ius vetus ita comparatum fuisse vt naturales de quibus nunc loquimur hoc est qui ex concubina suscepti essent institui nullomodo possent nec à patre, nec ab auo aut proauo, nec à cognato vllo paterno, nec ab extraneo sicut nec cæteri alienigenæ & peregrini in quorum numero censebantur, sed nec hodie post tot Imperatorum constitutiones permissum esse vt instituantur ab extraneo, nec consequenter ab auo nisi tanquam nepotes, nec à proauo, nisi tanquam pronepotes, nec à cognato nisi tanquam cognati, non autem velut extranei quilibet, cùm si pro extraneis illegitimis haberentur institui nullomodo possent. Idque tam apertè significat Iustin. in *d.l.vlt.* vt ferè nõ potuerit apertiùs. Nam quemadmodũ in principio legis tractaturus de nepote instituto ab auo, quærit primùm an nepotis nomen ei ex legibus accommodãdum sit, non aliam ob caussam, vt monuimus, quã quia si nepos dici non posset vtique non nisi pro illegitimo

L. filiusfamilias 114. §. cùm erit rogatus de leg. 1.

In quo fauorabilior sit proles legitima quàm vxor.

d.l. vlt. C. de natur. liber. & d. Nouell. 89. cap. 12. in f.

Illegitimos siue filios siue nepotes non posse etiam hodie institui ab extraneo.

gitimo extraneo haberi posset (quæ ratio indignum eum faceret qui priuilegium mereretur ab eo capiendi, quem nec pro auo lex haberet, cùm sola ratio humanitatis & pietatis huiusmodi priuilegio dignos illos fecerit qui alioquin suapte natura, propriorúmque natalium condicione tanquam peregrini erant penitus incapaces) ita & in legis fine post datum huic illegitimo nepoti priuilegium vt nulla legitima sobole subsistente possit institui non solùm ab auo & proauo, sed etiam quod magis mirū est à cognato, in quo longè minor quā in ascendentibus suberat ratio humanitatis, subiicit non insubtiliter nec frustrà, *si quis saltem huiusmodi vocabulum* videlicet cognationis *in tam denegeres homines extendere maluerit*, Quasi dicat illegitimos istos saltem cognatorum nomine donandos esse ad hoc vt deficiente legitima sobole institui possint à cognato paterno, quoniam si cognati non sunt cùm multò minùs sint agnati, vnum illud relinquitur vt pro extraneis illegitimis habeantur, atque ita vt nullo humanitatis prætextu in eorum gratiam induci possit contra omnem iuris rationem, vt ei qui pro cognatis ipsos habuit, succedere possint ex legibus à quibus sint omnino alieni. Nec enim Iustinianus aut alius quisquam Imp. fecit vt naturales isti & illegitimi hoc ipso quòd ab aliquo instituerentur, etiamsi à patre vel auo, fierent legitimi (aliis enim nec nisi legitimis & ab eodem Iustiniano præscriptis modis legitimos eos fieri placuit, inter quos heredis institutio non est) sed vt quamuis illegitimi manentes, & consequenter peregrini, tamen perinde succedere possint ex testamento patris vel aui vel proaui, vel alterius cuiuslibet ex ea cognatione acsi ciues romani essent dummodò iusta sobole nulla interueniente. Quod quoniam à iuris communis ratione tam alienum est vt nihil fingi possit alienius quærendus & excogitandus fuit color ac prætextus aliquis adeò exorbitantis priuilegij inducendi. Alius autem reperiri nullus potuit, quàm humanitatis & pietatis, quæ tamen vt erga illegitimos exerceatur nulla prorsus ratio est nisi erga eos quos naturale ius sanguinis distinguat ab iis illegitimis qui penitus extranei proponantur. Atqui nullum videbatur subesse ius sanguinis quo nepos illegitimus paternis agnatis cognatísve iungeretur, nullum certè nomen quo ius illud exprimeretur. Nam si cognatos voles dicere, agnati dicendi essent cùm de iis loquamur qui sunt per patrem coniuncti, quos lex duodecim tabularum agnatos appellat *l. iurisconsultus* 10. *§. cognati De grad. & adfin. l.* 2. *§. agnati* D. *de suis & legit.* agnati porrò dici non possunt, Non solùm quia consanguinitatis & agnationis iura oriuntur à patre quem iure ciuili nullum habent spurij quos nunc naturales appellamus *l. si spurius* 4 D. *vnd. cognat.* Sed etiam quia nomen agnationis ciuile est ac legitimum *dict. l. iurisconsultus §. inter agnatos l. tutelas* 7. *D. de capit. minut.* cuius omnino sunt incapaces qui sunt illegitimi, hoc est legibus ipsis incogniti. An igitur cognati saltem appellabuntur? Ne hoc quidem nomine si quis summo iure cum iis agere volet. Quamuis enim cognatio sit nomen naturale *d. §. inter agnatos*, indéque fiat vt iure ordinario spurij quoque & vulgo quæsiti liberi, petere possint bonorum possessionem matris suæ, itémque mater talium liberorum & fratres etiam inter se ex capite, Vnde cognati *d. l. si spurius & l. 2. vers. itaque eod. tit. Vnd. cognat.* non potest tamen ea res facere vt nepos illegitimus cognatos habeat eos qui sunt agnati aut cognati patris naturalis, quia prius esset vt sciri deberet quis esset pater quàm

Vltima verba d. l. vlt. C. de natur. liber.

Illegitimi nullos habent agnatos.

At neque cognatos ex parte patris.

vt sciri posset qui sint cognati ex parte patris. Atqui quamuis in rerum natura certum sit quis sit pater, idipsum tamen per rerum naturam sciri certò nō potest, cùm nuptiæ nullæ intercesserunt, Quod in matre cognatísque maternis diuersum est, quia mater, vt diximus, semper est certa *d. l. quia semper* 5. *De in ius vocand.* Eóque pertinet hoc est ad paternam cognationem quod Modestinus scribit in *l.* 4. *§. sciendum De gradib. & adfin.* neque cognationē, neque adfinitatem esse posse nisi nuptiæ non sint interdictæ ex quibus adfinitas coniungitur, siquidem cognatio materna nihil omnino cum nuptiis commune habet *d. l.* 2. *&* 4. D. *vnd. cognat.* Atqui, inquies, qui ex concubina suscepti sunt patrem demonstrare possunt scilicet naturalem ex quo placuit Impp. quamuis inuita iurisprudentia vt dici possent liberi naturales, Cur ergo dubitamus an cognatos saltē habeant illos quibus per patrē illū naturalē coniunguntur cū cognationis nomen sit etiā naturale? Respondeo ex vulgari iuris regula id quod contra iuris rationē receptū est, non esse producendū ad consequentias *l. quod verò* 14. D. *de legib.* aut ad consequentia vt loquitur *l. quod contra* 141. *De regul. iur.* ideóque etiam post Constantini aliorúmque Imperatorum leges quæ naturaliū parentū & liberorū nomē prudētibus incognitū & inauditū inuexerāt dubitatū fuisse Iustiniani tēporibus an nepos dici deberet qui ex filio naturali susceptus esset, an auus vicissim is qui siue filij siue patris naturalis pater fuisset. Quòd si in eā rē necessaria fuit Iustiniani constitutio in *d. l. vlt.* quantò magis necessaria fuit, vt nepos hic naturalis & illegitimus dici posset cognatos habere illos quibus non nisi per patrem naturalem coniungeretur? Denique Iustinianus primus extitit qui huic nepoti illegitimo & auū dedit, & proauum & cognatos, non daturus si non fuisset id necesse ad inducendū contra iuris rationē, vt non tantū filius naturalis à patre capere posset, quod iam obtinuerat, sed etiā nepos ab auo, & à proauo, & ab alio quolibet ex illa cognatione humanitatis intuitu, & pietatis, nō etiam ab extraneo quē nulla humanitatis ratio vrgeret vt homini illegitimo & peregrino ad familiā suā nil pertinenti quicquā relinqueret. Ergo vt ratiocinationem hanc nostrā concludamus, cū nepos iste naturalis & illegitimus non possit institui heres ab eiusdem aui nepote legitimo nisi tanquam cognatus idque ex nouo priuilegio Iustiniani à quo non solùm ius hoc capacitatis, sed etiam nomen ipsum cognati habet, cognati autem appellati sint quasi ex vno nati, aut vt Labeo dicebat, quasi commune initium nascendi habuerint *l.* 1. *§.* 1. D. *vnd. cognat.* fatendum est non nisi per mediam aui personam ex qua vterque nepos & legitimus & illegitimus descenderit, posse illegitimum capacem esse aliquid à legitimo capiendi: Quo admisso, quod negari certè non potest, illud etiam omnino consequens est, vt non magis licere debeat nepoti legitimo illegitimum nepotem scribere heredem, legitima sobole subsistente ex eodem auo, quàm ipsi auo liceret, per quem vnum nepoti hoc ipsum licet. An non enim absurdissimum esset plus iuris habere nepotem legitimum per mediam personam aui, quàm auum ipsum in illegitimo nepote instituendo aliáve liberalitate donando? Et vicissim, plus habere iuris nepotem illegitimum à nepote legitimo tāquam cognato suo institutū propter coniunctionem quam aui persona inter eos parit, quàm esset habiturus si ab auo ipso institutus fuisset? Atqui non potuisset institui ab auo legitimā cuiusli bet sexus sobolem relinquente. Eadem igitur legitima soboles aui quæ auo ipsi obstaret ne illegitimo nepoti relinquere quicquam posset, obstare etiam debet

l. 4. *§. sciendum* D. *de gradib. & adfin.*

Iustinianus primus dedit filijs illegitimis auū. proauum, & cognatos.

L. 1. *§.* 1. *D. vnd. cogn.*

debet nepoti legitimo, vt quamuis ipse nullis superstitibus liberis decedat nihilomagis nepotem illegitimum heredem instituere possit, quippe qui nec illum instituendi ius habeat nisi tanquam cognatus, nec rursum cognatus esse nisi per auum. Idque etiam non obscurè idem Iustinianus innuit cùm post latam de auo, auique substantia constitutionem subiicit, *Et hoc non solùm eis accedere censemus à substantia aui paterni naturalis sed etiam proaui vel eius cognationis*, id est vt supra interpretati sumus cuiuslibet ex ea cognatione sicut & in *d. Nouell. 89. cap. 12. §. si quis autem versic. & veniat cognatio*, hoc est, vt rectè omnes interpretantur, aliquis ex cognatis: Est enim genitiuum illud *eius* adiectiuum sequentis substantiui *cognationis* nec ad auum, vt quidam putabant, sed ad cognationem referendum, ac si scriptum esset *eiusmodi cognationis*. Vtcumque sit, coniunxit Iustinianus personas cognatorum cum persona proaui in eadem parte orationis, qua quod fuerat constitutum in auo protrahit ad proauum & ad cognatos. Proinde cùm ea protractio & extensio suam secum trahat exceptionem *si modò legitima soboles nulla supersit* (fit enim extensio haud dubiè cum suis omnibus qualitatibus & condicionibus) consequens est vt nō alio sensu legitimam sobolem accipere debeamus cùm de cognati hereditate tractamus quàm cùm de proaui, vt iuxta vulgare interpretum nostrorum brocardicum desumptum ex *l. iam hoc iure* 4. D*e vulgar. & pupill. subst.* plurium determinabilium par, & æqualis & vniformis, quomodo loquuntur, sit determinatio. At nemo dubitat quin de legitima sobole aui accipiendum illud sit quātum ad proauum attinet. Ergo & quantum ad cognatos. Erunt enim omnia disparia & difformia si quod ad proauum intelligas de legitima sobole aui, quod ad cognatum verò de legitima sobole ipsius cognati: Nec rursus conuenient verba illa generalia & indistinctè prolata *scilicet nulla legitima sobole subsistente* & paullo pòst, *vbi legitima soboles minimè facit impedimentum*, & rursum *Ea enim subsistente*. Non enim verum esse potest generaliter & indistinctè, legitimam sobolem nullam superesse quandiu aliqua superest ex auo, licèt ex legitimo nepote nulla supersit. Dices fortasse non esse locum regulæ De pluribus determinabilibus vniformiter determinandis, cùm determinandi diuersa ratio est vt iidem interpretes passim iactitant. Hic autem diuersam esse rationem in proauo & in nepote legitimo eodémque nepotis illegitimi cognato, propterea quòd quæ aui legitima soboles est, eadem legitima quoque soboles est proaui quippe qui ex ascendentibus sit, at non similiter nepotis qui ex descendentibus est. Verùm iam suprà dixi, diuersitatem istam esse magis quàm rationem diuersitatis. Eam demum enim legitimam sobolem facere impedimentum illegitimo nepoti ex cuius comparatione & correlatione nepos illegitimus appellatur & cui nepos illegitimus nascendo iniuriam fecerit, id est quæ legitima sit ex eo ipso ex quo & nepos illegitimus est, ac proinde quæ sit ex eodem auo licèt non sit ex legitimo nepote. Non dico *non quæ sit ex legitimo nepote*. Nam & quæ ex legitimo nepote est impedimentum facit ne legitimus ille aliquid relinquere illegitimo possit, At non tanquam soboles nepotis legitimi, vt suprà monuimus, sed tanquam ea quæ legitimi nepotis soboles esse non possit, quin etiam sit aui cæterorúmque legitimorum ascendentium omnium siue supra auum sint, siue infra auum. Cęterùm licèt nepos hic legitimus sobolem nullā reliquerit, non eo minus verum est superesse legitimam prolem aui si modò legitimi huius nepotis frater aliquis supersit.

d. Nouell. 89. cap. 12. § si quis autem.

legitimus, vel, vt in proposito, legitima soror. Perindè igitur vtroque casu nepotis illegitimi institutio aut ex alio quolibet titulo capiendi ius impeditur, vt exceptio in lege posita & tam claris verbis concepta locum habeat in omni casu, in quo ipsi etiam verba locum habent. Replicabis secundum hanc rationem fore vt generaliter, & indistinctè illegitimi sint incapaces, quandiu vel vnus superrerit ex legitimis siue ex ascendentibus ille sit siue ex descendentibus siue ex transuersalibus cuiuscumque tandem sit non modò sexus sed etiam gradus, cùm necesse omnino sit, aliquem tandem reperiri ex ascendentibus ex quo tam legitimus ille qui in fauorem illegitimi testari volet quàm illegitimus ipse descenderint: Ego verò etiamsi quis ita sentiret & scriberet, non facilè aberrare illum aut absurdi quicquã inducere existimarem. Nam & Iustiniani verba sententiam hãc satis admittunt, & ratio vlla vix excogitari potest, qua possis eam refellere, Nisi quod ex eiusdem Iustin. *Nouell.* 89. *cap.* 12. vnde sumpta est *d. Auth. licèt C. de natur. liber.* apertè constat ascendentes illius qui filium illegitimum reliquerit non posse impedire quominùs pater naturalis moriens sine iustis liberis & sine iusta vxore scribere possit heredem ex asse filium illegitimum, salua duntaxat & excepta ei portione quæ ascendentibus ex legibus debetur. Ideo fortasse quod intuitus ille humanitatis & pietatis qui inuita iurisprudentia extorsit primùm à clementia Imperatorum vt pater naturalis filio suo naturali tam inter viuos quàm in vltima voluntate dare aliquid & relinquere posset, ipsos quoque patris ascendentes mouere debeat ne filio humanitatis & pietatis leges exercenti erga illum, cuius ipsi etiam sint ascendentes, vllum adferant impedimentum. Quæ ratio cùm in transuersalibus, vt apparet, vel nulla vel saltem non tãta sit, quia causa pietatis eos obligat vt mortalitatis ordine turbato hereditatem suam relinquant ascendentibus suis legitimis potiùs, quàm illegitimo cognato, mirum non esset deteriorem hac parte condicionem esse illegitimorum quod attinet ad trãsuersaliũ, quàm quod ad ascendentium successionem: hactenus nimirum vt legitima soboles ascendens minus noceat illegitimis ex eadem descendentibus cùm de patris alteriúsve ascendentis agitur, quàm si de cuiuslibet transuersalis hereditate ageretur, præsertim quia descendentium hereditates ascendentibus deferuntur, non solùm miserationis potiùs quàm iuris aliqua ratione, sed etiam contra votum ipsorum parentum: at transuersalium si non ex voto, certè nec contra votum, sed magis casu. Verùm si cum illegitimis clementiùs agere volumus, & agere Imperatorem, vt suprà etiam & contrà quàm ratio iuris ferat iis consulamus, adeóque suprà, quàm Iustinianus ipse iis prospicere voluisse videatur, qui tam generaliter & indistinctè scripsit *nulla legitima sobole subsistente*, dico posse fieri vt legitima soboles aliqua supersit, & tamen illegitimus nepos ad cognati successionem testamentariam admittatur, non minùs quàm si iusta soboles nulla esset. Finge nepotem hunc legitimum, de cuius testamento quærimus, qui sit ex eodem auo cuius nepos illegitimus est, moríque nullis quidem liberis relictis, sed superstite agnata quæ sit neptis ex eiusdem aui illegitimi fratre. Admitterem eo casu non illibenter, nepotem illegitimum institui potuisse ab alterius lineæ legitimæ cognato siue nepos ille esset in ea linea, siue pronepos, siue filius primi gradus, tametsi tam legitima illa neptis, quàm iste illegitimus ex eodem proauo descendant, atque ita fiat vt supersit legitima soboles ex eo ipso cuius est illegitima: Nempe quia proaui persona eo casu non

d. Nouell. 89. cap. 12. & Auth. licet.

su non est attendenda, sed aui, cùm nepos legitimus idémque testator nepoti illegitimo coniunctus & cognatus sit non per proauum sed per auum. Vbi namque in constituenda & perpendenda cognatione eiúsque gradibus ventum est ad eum à quo vterque principium & originem sumpsit, nec necesse nec possibile est vt ad vlterioris gradus personam ascendamus, quia quod iam vnum est magis vnum fieri non potest, cognati autem omnes æstimantur ex vnitate illius personæ per quam coniunguntur *d.l.1.§.1.D.vnd.cognat.* Nam & inde est quod iure ciuili frater fratri in secundo gradu esse dicitur, quoniam patris vel matris persona per quam coniunguntur prior numeratur *d.l iurisconsultus §.sunt & ex lateribus versic.idem faciendum, & §.secundo gradu* De *gradib. & adfin.* Nec enim alia de causa tu mihi frater cõsanguineus aut vterinus es, quàm quia vnum eundémque patrem habemus, vel vnam eandémque matrem. At nonne vnum eundémque habemus etiam auum paternum aut maternum? Ita est. Sed non inspicimus neque computamus personam aui, quia quod fratres sumus non ex eo fit quòd vnum eundémque auum, sed quòd vnum eundémque patrem vel vnam eandémque matrem habeamus, Alioqui frater fratri in quarto non in secundo gradu esset, patrísque personam bis numerari oporteret, primùm ascendendo ad auum, deinde descendendo ab auo, quod tamen planè absurdum & ridiculum esset. At neque in aui persona consistere liceret sed eadem ratione procedendum esset ad proauum, tùm etiam ad abauũ, & sic deinceps in infinitũ ad Adamũ vsque, quod vel natura ipsa abhorret, quæ in omnibus sicut vnitatẽ quærit, ita reperta ea conquiescit. Hoc igitur concludo illegitimũ nepotẽ capere posse ex testamento legitimi nepotis tanquã cognati sui licèt supersit legitima soboles ex eadẽ familia dũ ne sit ex linea eius ipsius cuius est etiã nepos illegitimus, id est per cuius personam primùm legitimus qui testatur & illegitimus institutus, ab eodem descendentes siue mediatè siue immediatè coniunguntur, & vniuntur. Existente namque legitima sobole ex eodem auo cuius nepos illegitimus est, non posse illegitimum capere quicquam à cognato quamuis sine iustis vllis liberis defuncto. Denique me illud etiam & maximè mouet, quod Iustiniani constitutio vt ex supradictis apparet noua est, & iuris antiqui correctoria, non in eo solùm quòd illegitimos capaces facit successionis cognatorum, sed & quantum ad auum & ad proauum. Id enim est quod sibi volũt verba illa *& hoc eis accedere censemus:* Hoc scilicet priuilegium datæ capacitatis accedere nepotibus vt ab auo liceat iis capere quod antea non licebat, parúmque refert an legas *hoc* vt vulgo an *hæc* vt quidam libri habent, etsi vulgata lectio magis placet, quia præter illud priuilegium nihil est in tota lege quod non magis faciat contra nepotem quã pro nepote, quale illud est vt ab intestato succedere nulla ex parte nullóque casu possit. Item vt neque ex testamento si legitima aliqua soboles supersit, nisi in duo quoque capita priuilegium hoc nepotibus datũ distinguere velis, quorũ primũ illud sit vt nepotis nomen ei accommodetur, Alterũ vt capere possit ab auo perinde ac filius naturalis à patre naturali, adeóque plusquàm filius, totàm scilicet aui substantiã nedũ substantiæ partẽ dũmodò legitima sobole nulla subsistente. Quod autẽ lex ait *accedere* an nõ ostẽdit plus iuris ea cõstitutione acquiri nepotibus illegitimis quã antea habuissent? Id igitur cũ ita sit, infero correctoriã cõstitutionẽ extrà suum casum extẽdendã non esse, vt de aliis cõstitutionibus omnibus correctoriјs vulgo dici solet *l.sancimus 27.C.de test.l. præcipimus 32.in fin.C.de appellat.* Nã & inde est quod Iustiniano non satis fuit:

L.1.§.1. D. vnd.cognat.

priuilegium hoc dare nepotibus illegitimis quantum ad auum, vt tantundem iuris haberent illi ex mente Iustiniani etiam quod ad proauum, Sed extendenda fuit lex à Iustiniano ipso ad proauum quoque, iis verbis *non solum à substantia aui paterni naturalis, sed etiam proaui*, quia si de proauo nihil specialiter dictum fuisset, constitutio de auo tantùm locuta non magis ad proauum extendi per interpretationem potuisset, quàm primæ illæ constitutiones quas de filiis naturalibus latas retulimus, ad nepotes. Multò minùs verò ius illud nouum non tantùm in auo, sed etiam in proauo inductum extendi potuisset ad cognatos, quorum tamen ratione idem quoque priuilegium illegitimis dare volebat Iustinianus, nisi de cognatis etiam expressim cauisset iis verbis *vel eius cognationis* præsertim quòd minor humanitatis ratio in cognatis paternis quàm in ascendentibus locum haberet. Quæ ratio facere deberet, vt tanto difficiliùs permittendum esset illegitimo cognato vt à cognato legitimo institueretur, ac proinde vt sufficeret superesse legitimam quamlibet sobolem ad impediendum ne cognatus alioqui incapax feret capax : quia quanto minor est ratio humanitatis quæ suadet, vt à iure communi recedatur, tanto minùs à iure communi recedendum est. Quo etiam argumento iam sæpius diximus extra illegitimi ascendentes & cognatos alii nemini permissum esse vt illegitimo sibi penitus extraneo siue testamenti siue donationis, siue alio quocumque iure quicquam relinquat, quia nulla de eo lata lex est quæ illegitimos suapte natura & condicione incapaces tanquam alienigenos & peregrinos, quales etiamnum hodie sunt, vllomodo vllóque casu quod ad extraneum fecerit capaces, Vt nec vlla humanitatis ratio iis hac parte suffragatur. Eodem igitur modo Dico, cũ neque filij, neque nepotes, neque pronepotes, neque cognati naturales & illegitimi capaces facti sint ex posteriorum Impp. constitutionibus, nisi eo demum casu quo legitima soboles nulla subsisteret vt constitutiones omnes clamant, Non esse meum probare legitimam sobolem quæ illegitimi cognati capacitatem excludere & impedire debeat eam esse quę supersit ex auo cuius illegitimus ille sit nepos, Sed ei qui respondere velit pro illegitimo instituto à cognato, incumbere onus probandi hanc Iustiniani mentem fuisse vt cùm de cognati successione ageretur legitima soboles quæ illegitimo instituto posset obstare, illa esset quæ ex ipso testatore non quæ ex communi auo superesset. Nam si tam obscura Iustiniani mens esset, vt nec per coniecturas eam assequi liceret, haud dubiè mea esset victoria, neque deficeret ius mihi qui pro me haberem ius commune, neque probatio qui probarem legitimam aliquam sobolem superesse , Aduersario autem vtrumque deficeret, quoniam quisquis fatetur se illegitimum hoc ipso fatetur se incapacem esse, nisi se probet capacem, id est eum proponi casum qui constitutionibus imperatoriis sit comprehensus ex ea parte qua illegitimos capaces effecerunt. Tritum enim est debere vnumquemque etiam reum in sua exceptione , adeóque quod magis est, etiam negantem probare id quod est fundamentum suæ intentionis. Intentio autem illegitimi ea est vt probet se capacem qualem se tamen probare nequit, nisi probet etiam legitimam sobolem de qua Iustin. senserit nullam superesse, cùm sub hac præcisè exceptione Iustinianus capacem eum fecerit si legitima soboles nulla supersit , Deficiente igitur eo in probatione vincere deberem etiamsi nihil ex parte mea præstarem, quia numquam probatione onerandus est qui habet pro se regulam iuris, sed qui se fundat in exce-

exceptione, siue agatur de probando exceptionis iure, siue de probando facto quod verè subesse necesse est vt exceptionis ius, iurísque potestas inducatur. Exceptio enim omnis, cōdicio est *l. antep. D. de excep.* quisquis autē nititur dispositione aliqua cōdicionali, siue legis illa sit, siue hominis nō priùs vincere potest quàm condicionis implementum, &, vt nostri loquuntur, purificationem probauerit *l. quod de pariter 16. cum seqq. D. de reb. dub.* Nec proinde est quod quis dicat in proposita quæstione ad regulam illam iuris quæ illegitimos quoslibet ex nullius testamento capere patitur, Exceptionem à Iustiniano inductam fuisse, Nisi de patris, aut aui, aut proaui, aut cognati testamento aliáve voluntate tractetur, Modum autem illum exceptioni additum *scilicet nulla iusta sobole subsistente* non onerare aliqua probatione illegitimum excipientem, sed tantùm præbere materiam replicationis mihi, si probare velim & possim legitimam aliquam sobolem superesse, vt inferam non esse locum exceptioni. Nam obiectio hæc pro vero supponit, quod ego tanquam falsum nego supra relatis Iustiniani verbis modum significari, cùm significent exceptionem. Quid enim aut vulgarius, aut verius quàm ablatiuos absolutos in condicionem resolui *vulg. l. à testatore 109. De condic. & demonstr. l. in ratione 30. §. tametsi D. ad leg. falcid.* Perinde igitur est ac si Iustinianus ita scripsisset, *Non obstante iuris regula quæ illegitimos omni casu pro incapacibus habet, Sancimus posse illos capere ex voluntate aui, aut proaui, aut cuiuslibet cognati, si legitima soboles nulla sit.* Quibus verbis si concepta lex esset quis dubitaret futurum vt ad illegitimi à cognato instituti onus pertineret probandi legitimam sobolem nullam superesse, vt inferret esse nos in casu exceptionis & priuilegij? Priuilegium siquidem talibus verbis conceptum euidenter esset condicionale. Condicionis igitur euentum ante omnia probari oporteret: non autem onus probandi defectum condicionis transferendum in me, qui niterer iure communi. Nam & si millies probauero legitimam sobolem aliquam superesse, non ideò tamen vincam quasi ex nouo iure, quod Iustiniani constitutio supradictis verbis mihi attulerit, sed ex communi iure illo quo quisquis illegitimus est, idem est incapax extra casus imperatoriis legibus cōprehensos. Mihíque probatio illa in hoc tantùm prodest, vt liquidiùs appareat, non esse nos in eo casu qui per modum exceptionis ad iuris regulā à Iustiniano inductus fuit. Quod ipsum tamen pro satis probato haberi etiam tacente me deberet, hoc solo quod aduersarius contrarium non probaret, id est legitimam sobolem nullam superesse. Tū verò maximè id obtinet cùm ex parte mea probatur, vt in proposita specie sobolē legitimam superesse ex eodē auo cuius institutus cognatus illegitimus nepos est. Quidni enim id sufficiat vt credi possit deficere priuilegij condicionem generalibus iis verbis conceptam *scilicet nulla legitima sobole subsistente*, Nisi fortè adhuc nullam dicere volumus, quę aliqua esse probatur. Nā nec aliud habere potest aduersarius quod replicet ad huiusmodi probationē eludēdā, nisi hoc ipsū de quo disputamus, nō de illa sobole Iustinianū sensisse quantū ad personā cognati legitimi cognatū illegitimū instituentis, sed de sobole quæ sit ipsius testatoris. An non igitur hoc ipsum probare ille debet, hoc est, talē Iustiniani mentem fuisse, non ob id solùm quòd vt iā diximus, venit ille cōtra ius cōmune, sed alia quoque ratione, hoc est, vel ob hoc maximè quod ista replicatio, aut duplicatio est, Quilibet autē in replicatione, aut duplicatione sua sicut actor esse intelligitur, ita probādi onere ad-

ſtringitur.*l.1.& 2.D.de excep.*iunct.*l.2.l.ab ea parte 4.à contr.ſenſu* in illis verbis *ab aliquo iure prohibitũ eſſe ſpecialiter lege vel conſtitutione l.in exceptionibus 19.D.de probat.* Adde pro eiuſdem rationis confirmatione leges omnes correctorias iuris communis tãquam odioſas nõ eſſe benigna vlla interpretatione ampliandas,ſed potiùs reſtringendas *l.cùm quidam 19.D.de liber.& poſthu. l.hoc modo* 64.D.*de condic.& demonſtr.*perſertim verò fauore legitimorum ne quicquam eorum iuribus & vtilitatis impię humanitatis prætextu derogetur. Apparet enim ex omnibus conſtitutionibus quæ naturalibus liberis fauerunt excepta *l.2.C.de natur.liber.*id vnum & perpetuum fuiſſe propoſitum Imperatorum,vt nunquam fauerent illegitimis in damnum & diſpendium legitimorum at eo tantùm caſu quo legitimi nulli ſupereſſent, Ergo priuilegium hoc illegitimo cognato datum vt à cognato legitimo inſtitui poſſit,ſi alia ſoboles nulla ſuperſit ita intelligendum eſt,vt quàm minimùm fieri poſſit deroget iuri communi,ac proinde vt illegitimus maneat incapax qualis antea erat ſi qua ſuperſit legitima ſoboles quæcumque tandem illa ſit ſaltem dum ex eo ipſo ſit ex quo illegitimus nepos deſcendit,& per cuius perſonã legitimus illegitimo cõiungitur,quamuis non ſit ſoboles ipſius teſtatoris. Amplaitio enim & quidem magna illa eſſet,non reſtrictio,ſi diceremus non ſufficere ex mente Iuſtiniani, vt legitima ſoboles aliqua ſupereſſet, adeóque ex eo ipſo cuius eſſet ſoboles illegitima,ni ſit etiam ſoboles teſtatoris. Siquidem hæc interpretatio faceret,vt tãto faciliùs priuilegij cõdicio exiſtere diceretur, quaſi nulla legitima ſobole ſubſiſtente tum quoque cum ex auo illegitimo poſt cognati teſtantis mortem, frater legitimus ſorórve legitima ſupereſſet.Quod tamen quàm ridiculum futurum ſit,nec tantùm à proprietate verborum, ſed à communi etiam ſenſu alienum,eſto iudicium eorum;qui communi ſenſu non carẽt.Itaq; priuilegium illegitimis conceſſum,vt nulla ſubſiſtẽte legitima ſobole poſſint inſtitui etiam à cognatis,quod ſola humanitatis & æquitatis ratio induxit,iniquum fieri incipit & inhumanum,cùm aduerſus legitimos quoque ab eodem pręſertim auo illegitimo prognatos contra Iuſtiniani mẽtem verbáque exerceretur,quod ne eueniret etiamſi verba id facere viderentur, tamen iuſta interpretatione prouidendum & ſuccurrendum eſſet.*l.ex facto 43.verſic.etenim iniquum,vbi eſt text.elegans* D.*de vulg.& pup.ſubſt.*Priuilegia enim alicui conceſſa quiſquis ille ſit ad alienam iniuriam porrigi non oportet *l.impuberi* 40. *D. de admin.& peric.tutor.l.cùm filiusfamilias* 28.*l.miles* 41. *§. miles* D.*de teſtam. milit.*multò minùs ad legitimorum iniuriam priuilegia non niſi in legitimorum defectum illegitimis conceſſa.Quã in rem facit non ineleganter quod reſpondit Dec.*conſ.*258.verba illa *nulla ſcilicet legitima ſobole ſubſiſtente*, etiam in legitimata ſobole verificari, quoniam noua conſtitutio hac ſaltem parte qua fauet ſoboli legitimæ ſit fauorabilis & conſequenter extendenda.Quanto magis igitur adiuuanda interpretatione ſi interpretatio illa dicenda eſt, in fauorẽ eorum quibus præciſè ac citra interpretationem, aut extenſionem conuenit præciſa & propria ſignificatio verborum? Sed & cùm dici ſoleat,nec abs re, priuilegia non eſſe multiplicanda tanquam odioſa & contra legem illam duodecim tabularum *Priuilegia ne irroganto* eueniret è contrario vt multiplicarentur priuilegia illegitimorum ſi ſic interpretaremur conſtitutionem Iuſtiniani, vt illegitimi capaces facti eſſent capiendi à cognato non ſolùm legitima nulla ſobole ſubſiſtente,vt verba legis habent; quod primum & per ſe magnum

l. ex facto 43.verſ.etenim iniquũ De.vulg.& pup.ſubſt.

magnũ esset priuilegiũ, sed etiamsi legitima soboles superesset ex ipso etiam auo illegitimo dũ ne esset soboles testatoris,quomodo aduersarij nostri interpretantur.Dices fortasse quod primo intuitu occurrit,non magis idcirco multiplicatũ iri priuilegia quod ea verba de quorũ sensu cõtendimus ad legitimã testatoris non aui sobolẽ referãtur, quia nõ illud aduersarij exigãt,vt sit soboles vtriusq;,sed vt solius testatoris,Quasi quod ad priuilegij multiplicationẽ nihil intersit an de testatoris,an de aui sobole intelligatur.Sed nõ ita est si propius intueare. Nõ enim quẽadmodũ potest esse soboles aui quæ nõ sit soboles nepotis eiusdémq;cognati testantis,Ita possis vice versa dicere iustam nepotis sobolẽ esse posse quæ non sit etiã aui. Descendentes namque descendẽtis sunt descendentes superiorum ascendentium:At non similiter descendentes ascendentis descendentes sunt descendentium inferiorum. Itaque cùm aduersarij exigunt, vt nulla supersit legitima soboles nepotis,vel malignè faciunt, vel nimis imprudenter si non vident eo modo se exigere,vt duarum adeóquetriũ personarum legitima proles supersit,aui nimirũ,filij,& nepotis.Cùm ex aduerso secundum nostram interpretationẽ sufficiat legitimam prolem aliquam superesse ex auo illegitimo,licèt nulla supersit,neque ex filio eius legitimo,neq; ex nepote.An nõ autẽ facilius est,vt supersit aliqua ex auo solo,quàm vt supersit ex personis tribus? Triplicatur ergo priuilegium cùm sic intelligitur,vt primo illegitimus nepos capax fiat succedendi cognato ex testamẽto: Deinde vt nõ eo minùs sit capax quod sobolẽ iustam auus reliquerit,Tertiò vt neq;ob id minùs quod nõ tãtũ auus,sed etiã filius legitima prole relicta decesserit.Igitur si verũ est,vt est, priuilegia non esse multiplicãda,maximè cùm per eiusmodi multiplicationẽ priuilegium fit tanto iniquius,fieri certè nequit vt aduersariorum interpretatio probabili aliqua ratione defendi possit.Nã si quis dicat cùm de patre auo,vel proauo naturali agitur iustã sobolẽ eã intelligi quę sit ipsi* patris,vel aui,vel proaui qui testatur ob idq;si de cognati testamẽto agatur eodẽ argumẽto cõcludẽdũ esse de ea sobole Iult.sensisse quę sit ex ipso cognato testatore,Iã respondi nõ valere hac parte argumentũ ab ascendentibus ad trãsuersalem,quia in ascendentibus vt iustã sobolem intelligere debeamus eam quæ ex ipso testatore sit illud facit,quod ex eodẽ testatore illegitima quoque soboles est,quę per talẽ interpretationẽ excluditur:Id enim est quod toties inculcauimus iustã sobolem quę illegitimã excludat eam demũ esse quę ex illo ipso sit ex quo & illegitima quatenus saltem idem ille est per cuius personã legitima proles illegitimę cõiungitur.At in trãuersali hoc est in cognato nõ possis similiter dicere sobolẽ illigitimã quæ per legitimã impediri debeat ne capax fiat, ex ipso trãsuersali esse,cùm implicet contradictionem, vt quis sit ex sobole illius cuius est trãsuersalis & cognatus.Ergo nec de cognati legitima prole quicquam hìc tractandum est, sed de iusta sobole aui ex quo & nepos illegitimus est,perinde acsi de aui hereditate & testamento tractaretur, vt omnia sint similia quantum fieri potest, & ex iuris ratione bene inter se quadrent. Adde quod & secundum hanc aduersariorum interpretationem fieret ridicula dispositio legis nouę quantum ad cognatum.Quid enim suspicari posset vnquã euẽturũ, vt cognatus qui sobolem legitimam ex se susceptã haberet,ei anteponere vellet & illegitimã,& alienã contra *l.cum acutißimi* 30.*C.de fideic.*Cur ergo legẽ sic interpretari volumus,vt non habere possit locũ nisi in eo casu in quo nulla fuerit opus lege præterquam insani & ridiculi legislatoris. Esset enim

huiusmodi lex non solùm de casu indubitabili, sed etiam de casu ferè incontingibili, vt ita dicam. Sed & obseruatione dignum illud arbitror quod Iustinianus ita scribit *& hoc eis accedere censemus non solùm à substantia aui* designans nimirum non tam personam ipsam, vel testamentum aui, quàm eius substantiã. Inde namque infero etiãsi tã vera esset quàm falsa est aduersariorũ opinio existimantium non aliter incapacem esse illegitimum, vt abs cognato institui non possit, quàm si ex cognato ipso iusta soboles supersit, futurum tamẽ, vt ab ea interpretatione recedere deberemus quantum ad ea saltem bona quæ ex aui substantia ad cognatum istum testatorem, eundémque aui illius illegitimi nepotem legitimum peruenissent. Nam statim atque mortuus est auus qui vtriusque generis prolẽ reliquit & legitimam & illegitimã, siue testatus decesserit, siue intestatus, succedit potestas iuris quę substantiam aui sic afficit & applicat legitimis liberis vt quandiu vel vnus ex iis superesit nunquam possit ad illegitimos peruenire nequidem per fideicõmissum ab auo ipso relictũ, vt ex hac ipsa *l. vlt.* communiter & rectè interpretes quoque nostri sentiunt ad *l. si is qui 6 post Alex. ibid. De vulg. & pupill. subst. & post* Bald. *ad l. ea quam* 14. C. *de fideic.* Cur ergo permittetur illegitimo nepoti, vt qui est omnino incapax quicquam ab auo capiendi, siue directò, siue per fideicõmissum ex bonis ipsius aui quandiu superest aliqua soboles aui legitima, idẽ capere ex iisdẽ bonis indirectò possit per mediam personam legitimi nepotis? An non id esset indirectò cõcedere quod directò denegatur? cõtra *l. 1. ver. siue autẽ C. eo.* D. *de na. lib. l. pen. C. ad leg. falcid.* Respõdebis fortasse, substantiã aui amplius nõ esse ex quo facta primùm est filij, deinde legitimi nepotis, cùm mutatione personæ mutetur qualitas, condicio, & denominatio bonorum, Vt suprà diximus ad Princ. 5. *tit. Quib ex caus. manu. non licèt ex l. per curatorem* 90. §. 1. *De acq. hered. l. vl.* C. *de inoffic. test.* ideóque non aliã rationem constituẽdam esse bonorũ quę aliquãdo aui fuerint quàm cęterorũ à nepote illo legitimo relictorũ. Sed facilis replicatio est, licèt bona, quæ ab auo profecta sunt bona filij facta sint, & postmodùm nepotis, initio tamen inspecto & origine posse dici nõ malè bona & substãtiã aui, hactenus saltẽ, vt alio iure cẽseãtur, quàm quę ab auo profecta nõ fuerunt. Quemadmodũ & alia eiusdẽ Iustiniani constitutione factum videmus, vt mortuo filio intestato succedat ei mater quę ad secundas nuptias cõuolauit, sed aliter in illis quę à patre ad filium peruenerũt, aliter in cęteris: In his enim etiam quod ad proprietatẽ, In aliis verò nõ nisi quod ad vsũfructũ si defuncto super sint fratres, aut sorores ex eodẽ primo matrimonio *Nouell. 22. De nupt. ca. 46.* incip. *hinc nos alia*, Vnde sumpta est *Auth. ex testamento C. de secun. nupt.* vbi nõ dissimiliter Iustinianus paternæ substantiæ nomine vtitur, vt ea bona significet quæ origine fuerãt paterna, licèt per causam hereditariæ successionis fraterna facta. Neq; verò mutata qualitas & cõdicio bonorũ facit quominùs eadẽ bona & corpora esse intelligãtur, eodémq; iure cẽseri debeãt quoties mutatione pristinæ qualitatis ratio iuris nõ est immutata *ar. l. & an eadẽ* 14. D. *de except. rei iudic. & d. l. si is qui* vbi est elegãs textus *D. de vulg. & pup. subst.* In proposito autẽ quãuis aui substãtia facta sit substãtia nepotis, nõ eo magis tamẽ successionis, aut testamẽtarię, aut legitimę capax sit is qui naturalis tãtùm & illegitimus nepos est, saltẽ quod ad illã aui substantiã, nisi sub eadem exceptione sub qua esset capax succedendi ex ipsius aui voluntate, id est, Nulla legitima sobole subsistente. Igitur saltem quod ad istam aui substãtiã eodẽ modo interpretãda

Nouell. 22. De nupt. ca. 46. Auth. ex testamento C. de secund. nupt.

exceptio

exceptio est, vt siue de aui, siue de legitimi nepotis testamento agatur, sufficiat sobolem iustam superesse ex auo ipso à quo vno tam legitimus nepos quàm illegitimus commune initium nascendi habuerunt, Alioqui eadem res, id est eadem aui substantia respectu earundem personarum diuerso iure censebitur, si superstite eadem nepte legitima possit vno casu eidem illegitimo nepoti acquiri, alio non possit. Nec ad rem facit quod vno casu succeditur auo, altero succeditur nepoti. Sufficit enim quòd aui fuerint aliquando bona, vt nõ aliter in iis succedere nepos illegitimus vnquam possit in præiudicium superstitum legitimorum quàm si ab auo immediatè profecta essent. Exemplo eius quod scriptum est in *d.l.si is qui 6.D.de vulg.& pupil.subst.* Si is qui ex bonis testatoris solidum capere nõ potest substitutus ab eo sit impuberi filio, solidum quidem ex ea causa capere illum posse quasi à pupillo capiat, sed hoc ita interpretandum esse, vt ex bonis quæ testatoris fuerunt amplius capere non possit, at ex iis tantùm quæ pupillo fortassis etiam exheredato aliunde fuerint acquisita. Quid enim hac parte refert an de illo agamus qui amplius capere non possit ab auo, aut à patre, an de illo qui non nisi certa lege & condicione capere possit, vt in proposito non nisi legitima sobole aui nulla subsistente? Aut quid refert an de bonis ab auo profectis testetur nepos in fauorem incapacis, an filius de bonis paternis, siue per substitutionem pupillarem quæ filij testamentum esse dicitur *l.2.eod.* siue per separatum testamentum quod filius pubes sibi non quod pater ei fecerit? Vtroque siquidem casu desinunt esse auita bona, vel paterna, fiúntque nepotis, vel filij per agnitionem paternæ hereditatis qui casus est pupillaris substitutionis filio instituto. Et tamen non eo magis capax fit heres filij vt in iis aui patrísve bonis aliter possit succedere quàm quomodo ipsi auo, vel patri immediatè succedere potuisset *d.l.si is qui.* Etsi non facilè probo quod Accurs. cæteríque interpretes vulgo ad eam legem exemplum adferunt de filio naturali ex *d.tit. C.de natur. liber.* Lex enim illa est de iis personis quæ speciali aliqua lege, vel constitutione capere prohibentur, citra quam alioquin iure communi capere possent tanquam ciues romani, De quibus etiam loquuntur cæteræ omnes leges quotquot in libris nostris extant, De iis qui capere non possunt *l.4. l.qui testamentum 27.D.de probat.& pass.tit.De iur.fisc.* At liberis naturalibus non tam prohibitum est non capere quàm non permissum, vtpote qui quoniam ciues romani non sunt, sed alienigeni & peregrini nullam habere possunt communionem iuris ciuilis, ex quo tamen pendet ac proficiscitur totum ius capiẽdi. Vnde fit vt longè minùs fauorabiles videri debeant, quàm qui non nisi lege aliqua speciali sunt incapaces, Contra quos tamẽ in dubio respõdendũ esse, siue de iis bonis agatur, quę aliquãdo fuerint eius à quo capere nõ potuissent, siue de iis etiam quæ cõdicionis tãtùm implendę causa ex alterius quoq; bonis accipiantur constat ex *l.quod condicionis 36.D.de mort.caus.don.* Scio interpretes nostros sicut omnes in eo errauerunt, quod istos illegitimos putarũt ex legum prohibitione magis quàm propria natalium cõdicione incapaces esse, ita & in eo passim decipi quod putãt, notántque post Bart.ad *d l si is qui,* Si pater naturalis extraneum heredẽ instituerit, nihil prohibere quominùs ab eodẽ extraneo institui possit filius ille naturalis, adeóque spurius testatoris in iis etiam bonis quę à testatore processerũt, si nihil in legũ fraudem excogitatum probetur, vt quod contrà scriptum videtur in *d.l.si is qui*, restringendum sit ad eum

L si is qui 6. De vulg. & pupill. subsit.

casum quo illegitimus succedit ex dispositione illegitimi non etiã cùm succedit ex dispositione heredis. Sed etiãsi verum id esset, quod nos negamus, nihil tamẽ contra nos ad propositã quæstionẽ inferri ex eo posset. De illo enim aui herede agimus, qui nõ magis instituere potuit nepotẽ istũ illegitimum quàm auus ipse, id est nõ nisi sub eadem & perpetua illa exceptione *si legitima soboles nulla superesset*, ac proinde cui non debuit licere illegitimũ nepotẽ eundémq; cognatũ suum propriæ sorori legitimæ ex eodem auo nepti anteponere saltẽ quod ad bona ab auo ipso profecta, quia nec auus id facere potuisset, *d.l.vl.C. de natur.liber.* In qua illud etiam obseruari volo, quod qua parte nouũ ius facit in proauo & cognatis illegitimi nepotis vt ab illis perinde atque ab auo capere possit, nõ exprimit illã exceptionem, & vt diximus condicionẽ *si legitima soboles nulla supersit*, sed hoc vno cõtenta est, vt quod in auo constitutũ fuit idẽ obtineat in proauo, & in quolibet ex ea cognatione. Inde nãque infero priuilegium illegitimis datũ quod ad succedendum ex testamẽto proaui, vel cognati, nõ sic interpretandũ esse quasi propriã & separatam illam exceptionẽ haberet *si moriente cognato nulla legitima soboles supersit*, quo casu probabiliùs fortasse tentari posset de legitima ipsius cognati sobole, id accipiendũ fore, sed quẽadmodum sub ea ipsa cõdicione fuit extensum ad proauũ & ad cognatos, sub qua datũ fuerat quantũ ad auũ, Ita & vtroque casu eadẽ interpretatione donandã exceptionẽ illam *scilicet nulla legitima sobole subsistente*, & cõsequenter accipiendã de legitima sobole aui nõ cognati, tanquam quæ exceptio in omnibus iis casibus vnica tantùm sit, nec solùm specie, sed etiã numero, ac proinde ad aui personam semper referenda, tùm quoque cùm nõ de aui, aut proaui, sed de cognati successione tractatur. Acsi paullo apertiùs scripsisset Iustinianus quod proculdubio sensit, Velle se nepotẽ illegitimũ fieri capacẽ succedendi cognato ex ipsius voluntate illo ipso casu & modo quo succedere posset auo, & præterea nullo. Quod tamen si ita scriptũ esset, nullã ne quidem apud imperitiores dubitationẽ res haberet quin superstite aliqua legitima sobole ex auo, nepos illegitimus sicuti auo succedere nõ posset, ita nec cognato. Cur ergo nũc dubitamus? aut potiùs cur cauillamur, in tã aperta mẽte Iustiniani, quem videmus exemplo anteriorũ omnium Imp. fauere illegitimis nec voluisse, nec debuisse, nisi quatenus nullo prorsus legitimorũ dãno & incõmodo id fieri posset: eorum saltẽ qui ex eo nati & descendentes essent à quo illegitimi quoque cõmune nascendi initiũ habuissent, vt suprà explicauimus. Addo fratrẽ quoque & sororem testatoris ex iis personis esse quas leges nõ tãtùm naturalibus & illegitimis, sed etiã fisco, adeóque patri & matri testatoris præferri voluerũt si quid naturalibus illicitè ac cõtra leges relictum esset *l.1.C.eo.tit. De natur.liber.* Quã Constãtini legẽ hodie quantũ ad hoc attinet incorrectã esse, quinimò & instituto spurio quolibet locũ habere fatetur Bar. *cons.*118. *in fi.* post Azonẽ in summa illius *tit. De nat.liber.* Quidni ergo exceptio illa *scilicet nulla legitima sobole subsistente* quã adhibuit Iustinianus cùm illegitimis priuilegium dedit, vt ex voluntate aui, proaui, & cognati succedere possint sic accipienda erit in proposita specie, vt eã personam cõprehẽdat quæ & legitima neptis sit ex auo illegitimi nepotis, & prætere a soror legitima testatoris? Habet enim ista duplex quodãmodo ius succedendi in bonis fraternis, saltẽ iis quæ à patre prouenerunt, & tanquam in bonis auitis iure neptis, & tanquã in fraternis iure sororis, vt proinde si quid hic dubij & obscuri est, tanto minùs capienda sit ea interpretatio

L.1.C.de natur.liber.

quæ

quæ in ipsius necē faueat illegitimo nepoti, cui cōmune ius resistit, aut potius quē nullomodo ius commune nouit. Etsi non ignoro Azonem, Bartolum cæteró ſque interpretes in ſupradicta Constantini lege interpretāda sic sentire vt eo tantùm casu locum habeat quo spurius fuerit institutus, Spurium appellantes eū duntaxat qui ex prohibito coitu susceptus sit, ad differentiā naturalis nati ex vera concubina, id est ex coitu nec prohibito, nec permisso. In quo tamē falluntur. Tam enim naturales quàm cæteri omnes extra iustas nuptias quocunque modo nati spurij sunt Iureconsultis, quo nomine nihil aliud significatur, nisi quòd sunt sine patre *d.§.si aduersus hoc tit. De nupt. l.3. C.solut. matr.* Quanquam inducto tandē ab Imperatoribus nomine & iure naturaliū parentum & liberorum cœpit spurij nomen, vt & adoptionis & cognationis duplicē habere significationē generalem vnā, specialē alteram. Generalem quę naturales quoque cōprehendat vt olim. Specialē quæ ad illos accōmodetur, qui naturales dici nō mereantur, quòd ex prohibito dānatóq; coitu suscepti sint, vt Iust. distinguit *d. Nouel. 89. quib. mod. nat. effic. sui.* Itaque sicut adrogatio omnis est adoptio, & omnis agnatio, non contrà, omnis adoptio adrogatio nec omnis cognatio agnatio. Ita dicendum est naturales omnes esse spurios generaliter sumpto nomine spuriorū, at non vicissim spurios omnes esse naturales, sed eos tantùm quibus specialior & distinctior spuriorū appellatio nō conuenit, Etsi video Constātinum in *d. l. 1.* vbi primùm naturales nominari cœperūt, eo nomine illos etiā significare qui ex prohibitis nuptiis non qui ex concubinatu sint suscepti. Vtut sit non magis naturalibus quàm spuriis ex coitu quantúlibet dānato susceptis relinquere quicquam licet extra eos casus in quibus capere illis permissum est. Atqui nulla lege permissum iis est, vt capiant nisi à patre, vel ab auo, vel à proauo, vel à cognato, idque vno illo casu quo iusta soboles nulla supersit, Adeò vt qui legitima prole superstite illos heredes instituit, nō tā contra leges quàm sine lege id facere dicendus sit. Qua ratione admitto libentissimè supradictā legē Constantini ad casum hunc nostrū non pertinere, quia punit eū duntaxat qui cōtra eā cōstitutionē peccet. Peccat autē ille nō qui illegitimū & naturalē instituit, adeóq; nec qui spuriū ex dānato coitu natum, quod Azo, Bartol⁹ & alij malè crediderūt (nā cùm eorū institutio nulladū lege eo tēpore permissa fuisset, nō erat cur deberet, aut posset prohiberi, nec proinde cur cōtra legis prohibitionē fecisse dici posset, qui tales heredes instituisset, aut aliter eis quid dedisset) sed is demūqui post susceptos ex prohibitis nuptiis liberos in casibus ea lege expressis, id agit, vt tales liberos qui nec liberorum nomen merentur, legitimos faciat, siue proprio iudicio, siue imperialis prærogatiua rescripti, vt iis postea, vel inter viuos dare, vel per vltimam voluntatem relinquere possit, quicquid & quantum velit. Cui consequens est, sicut eam legem hodie correctam esse constat in eo quod inter personas ibi expressas Iustinianus voluit iustū contrahi posse matrimoniū *Nouell. 117. vt lic. matr. & auia cap. 4. quia vero*, Vnde sumpta est *auth. sed nouo iure*, ita & in cęteris omnibus manere abrogatam, nec fisco locū fieri vllo casu quo sit institutus, siue naturalis, siue spurius quilibet, vt malè interpretes post Bar. & Azonem existimare suprà retulimus, sed venientibus ab intestato agnatis, aut cognatis proximis, quemadmodum ex ratione iuris euenit in cęteris omnibus quę pro non scriptis habentur. In quorum numero si ponuntur ea omnia quæ incapacibus relicta sunt, id est, vt suprà interpretati sumus iis qui speciali-

Nouell. 117. Vt lic. mat. & auia ca. 4. quia verò Vnde sumpta est Aut. sed nouo iure C. de natur. liber.

aliqua lege, vel constitutione prohibentur capere. Quanto magis ea poni debebunt quæ alienigenis & peregrinis nullam cum ciuibus romanis communionem habentibus, quales illegitimi sunt relicta proponuntur? *l.1.l.nec apud 7.C.de hered.instit.* Sed tamen ex ea lege quamuis abrogata non minùs licuit nobis argumentum sumere ad probandum, quàm sint fauorabiles fratres legitimi & sorores in comparatione illegitimorum etiam liberorum, multóque magis cognatorum, vt saltem in dubio pro iis contra illegitimum cognatum facienda sit interpretatio, præsertim si illud quoque concurrat, vt eundem auũ legitimum habeant quem illegitimum habet cognatus à cognato institutus. Sed sunt ista apertiora iámque pluribus comprobata, quàm vt in iis diutiùs sit immorandum. Iuuat tamen addere his omnibus quæ diximus mirificè conuenire constitutionem & Bullam summi Pontificis Pij quinti, in illegitimos eorúmque non solùm filios & descendentes omnes, sed etiam coniuges latam, qua cùm facere vellet Princeps sanctissimus idémque iuris religiosissimus ne huic hominum generi relinqui quicquam posset, nihil aliud constituit nisi quod dispensationes omnes sustulit & concessiones, quibus anteà permissum erat, vt institui possent. Sublatis enim dispensationibus remanent in dispositione iuris communis, ex quo sunt illi prorsus incapaces, quasi etiamnum alienigeni & peregrini. Quod à plerisque ignoratum fuit, vt aduersus eam constitutionem tantopere debacchati sint, tanquam duram, irrationabilem, & à iure communi, vt loquuntur, alienam. Vnde & valde laudo quod post multas varietates tandem obtinuisse audio, vt non tantùm in clericis & ecclesiasticis personis locum habeat, sed etiam in laicis saltem eo casu quo vel minima aliqua de bonis ecclesiasticis dispositio interuenisse proponatur, vt totus actus corruat, non pro ea tantùm parte quæ quoquomodo respiciat fauorem illegitimorum, sed in cæteris etiam omnibus, Verum ita tamen vt non ad fiscum ecclesiæ bona disponentis perueniant, sed ad proximiores ab intestato vocatos. Cùm enim testamentum non valeat, nec alia vlla dispositio ex vi & potestate apostolicæ constitutionis, quonam obsecro colore ad fiscum pertinere possent bona quæ nõ indigno aufferuntur (nemini enim aufferri potest, quod ipse non habeat, nec quisquam habere quidpiam ex dispositione quæ valere prohibeatur) sed ne ad incapacem perueniant impediuntur. De quo tractat Bart. ad *l.1.D.de iur.fisc.& cons.*119. vbi addit, nec à fisco vindicari posse illa etiam quæ indigno aufferuntur, si ob alienam nõ ob propriam culpã indignus habeatur. Quod hic proculdubio euenit cùm quisquis illegitimè natus est, alieno vicio laboret non suo vt ait Iustinus in *l. legem 7.C. de natur. liber.* Quid verò deliquit frater legitimus, aut soror legitima propter quod prohiberi debeant succedere ab intestato fratri, qui non solùm sine lege, vt paullò antè dicebamus, sed etiam contra legem pontificiam omissis fratribus legitimis maluerit instituere illegitimum cognatũ? Sane in aliis plerisque nouum ius facit constitutio pontificia, derogátque communi dispositioni iuris ciuilis in odium necémque illegitimorum quibus plus æquo fauerant Imperatores. De quo tamen plura hic scribere nihil attinet, quia longiorem tractatum desiderant & ab instituto nostro sunt alieniora. Quæ diximus mirificè cõfirmantur etiam ex eo quod statuto Ferrariæ *lib.2.cap.*142. cautũ legimus, vt illegitimi etiã legitimati nõ possint ab intestato succedere patri, vel alteri agnato, nisi legitimati fuerint de voluntate, aut consensu expresso patris, vel agnati de cuius

L.1.l.nec apud 7.C. de hered.instit.

Bulla Pij Quinti Pontificis Maximi aduersus illegitimos.

Quod illegitimis male relictum est non fisco applicatur, sed venientibus ab intestato.

L. legem 7. C.de natur. liber.

de cuius hereditate agitur ante mortem vel post mortem singula singulis con gruè referendo, Extantibus filiis, vel aliis agnatis legitimis & naturalibus qui de iure succedere possent & deberent personæ defunctæ. Sunt enim ista verba statuti ex quibus apparet in proposita specie in qua agebatur de bonis sitis in territorio Ferrariæ maiorem habendam esse rationem legitimorum, etiam agnatorum, & transuersalium, quàm illegitimi vllius quamuis legitimati. In quo derogatur proculdubio iuri communi, ex quo legitimati liberi ab intestato concurrerent cum legitimis, eiusdem lineæ & gradus, ac multò magis agnatis omnibus præferrentur Quod cùm ita sit an non multò maior ratio est, vt quod iure communi obtinet ne possit institui illegitimus ne quidem ex priuilegio, nisi legitima sobole nulla subsistente sic intelligamus vt ad retinendam illegitimi incapacitatem sufficiat subsistere legitimam sobolem, licèt nõ sit illa nisi agnata? siquidem hoc casu ius commune facit pro agnata non contra agnatam vt in superiore. Itaque ad rem non pertinet si quis dicat statutum non procedere nisi ab intestato: nam non eo minùs valet arg. à casu minùs fauorabili ad magis fauorabilem. Deinde facto quoque testamento potest defendi cognatum illegitimum etiam legitimatum non debere melioris condicionis esse quod ad cognatum quàm filium illegitimum & legitimatum quod ad patrem: cùm non nisi ex similitudine & comparatione patris, eodémque licèt multò minore humanitatis intuitu permissum sit post patrem & auum, cognato instituere illegitimum cognatum. Atqui non potest pater naturalis relinquere filio illegitimo quamuis legitimato nisi quantum ei cui ex legitimis minus reliquerit *l. 9. §. vltim. C. de naturalib. lib.* Ergo nec permittendum est cognato, vt illegitimo cognato etiam legitimato, quicquam relinquat nisi quantum reliquerit ei ex cognatis legitimis cui minus, Iustin. enim apertè scribit in *dict. l. vltim.* subsistente legitima sobole idem se ius constituere in nepotibus quod in filiis naturalibus siue ab auo instituti sint, siue à proauo, siue à cognato. Quod vtique sic accipiendum est siue naturales illi filii manserint naturales siue fuerint legitimati vt constitutio generaliter loquens habeat locum in omni casu saltem in quo verba patiuntur, Legitimatus autem non eo minus est naturalis, licèt factus sit etiam legitimus, Quanto magis ergo valebit hoc argumentum in naturali non legitimato, ne possit ei plus dari quàm cui saltem minus ex legitimis cognatis dederit? Vnum hoc subiiciendũ restat, nec obseruatione indignum, quod Iustin. in *d. l. vlt.* ijs verbis *si quis saltem hoc vocabulum ad tam degeneres homines extendere maluerit* non tantùm filios ipsos naturales vocat degeneres, id est, vt interpretatur *l. quisquis 6. C. de postul.* viles & abiectos, sed etiam nepotes siue illegitimè, siue etiam legitimè ex iis procreatos. Nam cùm tria sint, vt diximus ex *ead. l. vlt.* naturalium nepotum genera, vnum eorum qui sunt naturales ex naturalibus, alterum eorum qui sunt naturales ex legitimis, Tertium denique illorum qui sunt legitimi ex naturalibus constitutio noua sicut ad omnes pertinet, ita & de omnibus loquitur cùm degeneres eos vocat, Vbi non infacetè Baldus, Nota, inquit, quod naturales eorúmque filij non sunt de genere sed degeneres. Et sanè ita est. Nam quemadmodum fieri naturaliter non potest vt quis nascatur sine patre, propter quam causam nec naturalium liberorum nomen istis olim accommodabatur. Ita neque vt quis nascatur sine auo si Adami liberos primi gradus ex-

cipias, aut quod idem est, vt quis natus intelligatur ex eo qui patrem nullum habuerit ac proinde qui non fuerit homo. Súntque ista omnia secundum leges nostras portenta naturæ & ostenta potiùs quàm homines appellandi. Neque verò nepos auo nisi per mediam filij personam iungitur *l. dotem* 6. D. *de collat. bonor. l. iurisconsultus* 10. §. *secundo gradu De gradib. & adfin.* Et ideo qualis filius est tales esse necesse est omnes ex eo descendentes, Excluso filio exclusos quoque esse nepotes sublato medio tolli etiam omnia extrema. Denique sicut pater illegitimus inter agnatos nullomodo computatur hoc est, inter eos qui sunt de genere sed inter degeneres, ita nec eius liberos, quamuis legitimos vt rectè post alios tractat *Tiraq. De retr. municip.* §. 1. *glos.* 8. *num.* 7. *ex d. l. vlt.* iunct. *l. si viua matre* 3. *C. de bon. matern.* Quod si nepotes suscepti quantumuis legitimè ex filio naturali degeneres, verè sunt, & dicuntur, consequens fit vt alia ratione corruere debeat testamentum in quo talis nepos institutus sit à cognato qui fratrem suum legitimum aut legitimam sororem omnino præterierit. Vulgatum enim est fratribus & sororibus præteritis competere querelam inofficiosi testamenti non solùm si instituta sit turpis persona sed etsi ea quæ non careat aliqua maculæ nota, quomodo loquitur *l. fratres* 27. *C. de inoffic. testam.* Porro qui degeneres sunt id est viles, abiecti, monstruosi, portentosi, possunt ne videri carere omni maculæ nota? Nec est quod hac in re nati ex naturalibus illustrioribus, putà ex Principibus à cæteris distinguantur. Quo enim nobilior & illustrior familia est tanto indigniores sunt illegitimi qui legitimis præferantur, & aliquo ex legitimis superstite admittantur. Vt nostri tractant ad *d. l. ex facto* 17. §. *si quis rogatus* 1. *D. ad SC. Trebell.* neque eo minùs contrahunt maculæ notam si Lucano credimus, Obliquum, inquit, *maculat qui sanguine regnum.* Obliquum enim non alium intelligit quàm illegitimũ vt & Cuiacius in *Nouell.* 22. rectè interpretatur. Quomodo autem posset illegitimus suo sanguine regnum maculare si non esset ipse maculatus? Qua etiam ratione tantò magis in proposita specie capienda erat nostra interpretatio, quæ legitimæ sorori faueret contra testamentum quod etiamsi summo iure valeret, tamen per querelam inofficiosi propter sororis legitimæ præteritionem omnino rescindi oporteret, cùm sufficiat in eam rem sola infamia facti nec requiratur infamia iuris, vt Accurs. *notat ad d. l. fratres.* Nouus tamen hic suboritur scrupulus, Quomodo fieri possit vt ex filio naturali nepos aliquis sit naturalis, qui tamen legitimus sit patri suo. Nam si legitimus filius ille est quem dant leges, vnde & adoptiui legitimi appellantur, quî fieri potest vt leges dent filium patri qui ipse naturalis sit, & consequenter incognitus legibus? Cúmque legitimus filius iustúsque is demum dicatur qui nascitur ex iustis nuptiis quæ porrò nisi inter ciues romanos contrahi non possunt, quomodo fieri queat vt legitimum filium is habeat, qui ciuis romanus non est, vt toties diximus, quique ideo iustas nuptias contrahere nullomodo potest? Sed non difficilis responsio est potuisse naturalem quoque ac illegitimum talem etiam manentem impetrare à Principe, vt vel ciuitate donaretur tanquam alius peregrinus quilibet, atque ita fieret particeps & contrahendi matrimonij, & cæterorum omnium quæ propria erant ciuium romanorum, vel peregrinus manens, ius tamen haberet contrahendi matrimonij perinde acsi ciuis romanus esset. Solebat enim ius illud ab Imperatoribus & impetrari & concedi etiam peregrinis dummodo liberi essent, multóque magis si non tantùm liberi

De illegitimis iustos & legitimos liberos habentibus.

liberi, sed etiam ingenui proponerentur. *l. imperialis 23. §. penult. l. vlt.* C. *de nup.* Nec enim dubitandum erat quin iustæ ac legitimæ nuptiæ essent, quas alioqui prohibitas Principis rescriptum adprobasset *tot. tit. C. si nupt. ex rescript. petant. l. si Senatori 31. D. de rit. nupt. l. si tutor 7. C. de interd. matrim.* Neque tamen idcirco naturalis cui nuptias contrahere permittebatur fiebat legitimus patri suo, nec si quod magis est aut natalibus suis restitutus, aut ciuis romanus factus esset, quoniam aliud est legitimum filium fieri, aliud ciuem romanum, cùm ciuitas romana non nisi per iustas nuptias iustum patrem dare possit. Proinde nihil vetat filium qui patri suo naturalis sit, iustas tamen contrahere nuptias ex iisque legitimos liberos sperare, quamuis non ideo legitimus ipse fiat, ne tùm quidem cùm ciuitate romana simpliciter donatur. Non enim sicut quisquis filius legitimus idem & ciuis romanus est, ita è contrario necesse est legitimum patri suo filium esse, eum qui priuilegio & iure quæsito non natiuitate ciuis romanus est. Ciuis romanus hoc ipso acquiritur soli ciuitati nõ etiã patri. Filius qui fit legitimus acquiritur vtrique & ciuitati & patri, quod sicut maius est ita & difficilius. At nec nouum est vt legitimus quis fiat quod ad aliquid non etiam quod ad omnia, vt in eo cernere est qui legitimatur per oblationem curiæ. Is enim soli patri legitimus fit, alij præterea nulli *d. Nouell. 89. cap. 4.* De illo planè non dubitatur quin naturales omnes etiamsi sint spurij, verè tamen ingenui sint, si modò ingenuam habeant matrem *dict. l. 3. C. solut. matr.* Nihil siquidem commune habet ius ingenuitatis cum iure ciuitatis, quia diuisio illa personarum, vt quædam sint ingenuæ, quædam libertinæ, non ciuium romanorum diuisio est, sed subdiuisio liberorum, vt diximus suo loco, ad *tit. De ingen.* nec quicquam prohibet eundem hominem, & ingenuum esse & peregrinum. Ingenui enim subdiuiduntur quoque in ciues romanos & peregrinos. Non possum prætermittere quod vir doctissimus Iacob. Cuiac. obseruauit *lib. 5. obser. cap. 6.* hodie concubinatum non tam licitæ cõiunctioni quàm scortationi deputari ex constitutione quadam Constantini Porphyrogennetæ apud Harmenopulum relata, ac multò magis ex sacrosancti iuris Pontificij autoritate. Ex quo infertur necessariò, vt idem ille ait filios ex concubinatu susceptos non tam naturales quàm spurios dicendos esse, concubinas scorta non concubinas, vt in *Nouell.* 18. de duabus concubinis eodem tempore domi retentis, ex eisque susceptis filiis Iustinianus dixit. Denique nullos hodie esse nothos, nullos filios naturales, Quod si ita est, neque lex vlla erit quæ istos capaces fecerit quicquam à patre aut ab auo aut à proauo aut à cognato magis quàm à quolibet alio extraneo capiendi. Omnes enim quæ extant hac de re tam in Codice quàm in Iustiniani Nouellis constitutiones ad solos naturales pertinent, non etiam ad cæteros qui vsque adeò illegitimi sint, vt nec naturalium nomen mereantur, vt idem Iustin. profitetur *d. Nouell. 89. cap. 1. & vlt.*

Tit C. si ex rescrip. nup. pet. l. si Senatori 31. D. hoc tit. De rit. nupt. l. si tutor 7. C. de interd. matrim.

Constitutio Constantini Porphyrogenneta apud Harmenopulum.

Nullos hodie esse nothos, nullos filios naturales.

ILLATIO II.

De nuptijs minus legitimè & contra leges contractis.

SEcundò ex eodem supradicto Principio fit vt non solùm si nuptiæ nullæ contractæ sint pater nullus esse dicive possit, sed & si aliquæ contractæ quidem sint verùm minùs legitimè & contra leges. Neque enim tales nuptiæ iniustæ & illegitimæ nuptiarum nomen merentur, multò minùs verò si sint etiam incestæ, *§. si aduersus hoc titul. l. qui contra 4. l. si quis incesti 6. C. de incest. nupt.* Inde est quod non distinxerunt Iureconsulti patrem iustum à

§. si aduersus hoc tit. l. qui contra 4. l. si quis incesti 6. C. de inc. nupt.

l. lege Iulia 44 §. non distinguitur D. hoc tit. l. non potest 31. D. de adopt.

naturali, sed tantùm naturalem ab adoptiuo *l. lege Iulia* 44. *§. non distinguitur* D. *de rit. nuptiar. l. non potest* 31. *De adopt.* Naturalem enim nullum agnouerunt nisi qui iustus esset (excepto eo qui in seruitute filium suscepisset ac postea manumissus esset de quo in *l. vxorem* 41. §. *pater naturalis de legat.* 3. vt scripsimus *illat. praeced.*) licèt iustus omnis non continuò sit naturalis, sed possit etiam esse adoptiuus. Nam & illud est quod ait *l.* 1. *D. de adopt.* filiosfamilias fieri non tantùm à natura, sed etiam à lege. Cui non est cõtrarium quod nunc dicimus, patrem eum esse quem nuptiæ demonstrant. Adoptio enim sicut naturam imitatur *l. adoptio* 16. *eod.* ita ex verarum nuptiarum fictione & conuento proficiscitur *l. fideicommissum* 76. *De condic. & demonstr.* Vnde est quod nec alius per adoptionem filius fieri potest, quàm qui ex iustis & veris nuptiis posset. *l. si paterfamilias* 15. *& seqq.* D. *de adopt.*

l. fideicommissum 76. De cond. & demonstr. l. 1. l. si paterfamilias 15. & seq. D. de adopt.

ILLATIO III.

De muliere volente differre quæstionem adulterij in tempus pubertatis filij.

l. miles 11. §. defuncto D. ad leg. Iul. de adult.

TErtiò ex eodem Principio fit, quod Papin. scribit in *l. miles* 11. *§. defuncto ad leg. Iul. de adult.* defuncto marito adulterij ream mulierem postulatã, quæ propter impuberem filium vult dilationem ab accusatore impetrare, hoc est, vt prætextu Carboniani edicti differatur quęstio in tempus pubertatis filij quasi ad ipsius statum pertinens, audiri non debere. Non enim videri ad iustam defensionem confugere mulierem, quæ filij ætatem prætendit ad eludendam legitimam accusationem: cùm non vtique crimen adulterij quod mulieri obiicitur præiudicet infanti, Siquidem potest & illa adultera esse, & impubes defunctum patrem habuisse. Hoc ipsum verò cur ita? nisi quia pater ille est quem nuptiæ demonstrant. Ex quo etiam rectè interpretes nostri inferunt mulierem adulteram habentem liberos, præsumi ex matrimonio non ex adultero eos habuisse non solùm si à marito aut alio probetur ipsa adultera, sed etiamsi vltrò fateatur se illos ex adulterio sustulisse. Quamquam enim quod dicimus patrem illum esse quem nuptiæ demonstrant ex præsumptione iuris fit potiùs quàm vt certa aliqua & mathematica demonstratione probari possit, ob ipsam tamen naturæ incertitudinem tam grauis vrgénsque præsumptio est vt non tantùm iuris esse dicatur, sed etiam de iure, quomodo nostri eas appellare solent, contra quas non admittitur probatio in contrarium. Excipiendi tamen sunt duo casus ab Vlpiano ex Iuliano & Scæuola propositi in *l. filium* 6. *De his qui sui vel alie. iur. sunt.* quorum alter est, Si fingamus abfuisse maritum verbi gratia per decennium, reuersum autem inuenisse anniculum in domo sua. Placet enim Iuliani sententia hunc mariti filium non esse. Alter est, si constet maritum aliquandiu cum vxore non concubuisse infirmitate interueniente vel alia causa, vel si ea valetudine fuit vt generare non potuerit, nam & dicendum est hunc qui in domo natus sit licèt vicinis scientibus filium nõ esse. Præsumptio enim cedit semper veritati, nec in eam personam cadere vnquam potest in quam neque ipsa veritas cadere posset. Planè quoties nihil prohibet filium esse mariti, licèt reuera non sit, audiendus tamen non est maritus negans suum esse *d. l. filium.* Sufficit enim quod mariti esse possit quia nec certò & concludenter probari potest quòd sit alterius, multò minùs verò cuius sit.

l. filium 6. D. de his qui sui vel alien. iur. sunt.

sit. Adeo vt nec si mater filiũ enixa absente marito in actis professa sit spuriũ eum esse, filio tamen nocere id debeat *l. Imperatores 29. §. vlt.* D. *de probat.* sicut è contrario neque professio, neque adseueratio parentum nuncupantium filios eos qui non sunt, veritati præiudicat *l. neque professio 5. C. de testam.* Quis ergo pater erit in duobus illis casibus quibus diximus ex *d. l. filium.* eum qui in nuptiis etiam iustis susceptus sit filium mariti non esse? Nullus omnino. Nec si certò probetur quis fuerit adulter. Sed erit filius spurius, id est, sine patre, vt probatur ex *d. l. imperatores §. vlt.* Nihil enim prohibet nec mariti filium eum esse nec adulteri, sed alterius qui nesciatur.

L. Imperatores 29. §. vl. D. de probat.
L. neque professio 5. C. de testam.

ILLATIO IV.

Eum qui patrem nullum habet agnatos quoque nullos habere.

QVartò ex eodem Principio fit vt quisquis extra iustas nuptias conceptus est sicut patrem nullum habet, ita nec agnatos habere possit, sed tantùm cognatos, quoniam agnati sunt & dicuntur ij soli cognati qui per patrem coniunguntur *l. si spurius 4. D. vnd. cognat.* iunct. *l. iurisconsultus 10. §. cognati De gradib. & adfin.* Vice versa dicimus, eum qui in adoptionem datur nõ aliis cognatum fieri, quàm quibus agnascitur, quibus verò non agnascitur, nec fieri cognatum *l. qui in adoptionem 23.* D. *de adopt.* vbi ratio redditur, quòd adoptio non sanguinis ius adferat, sed agnationis, id est quòd patrem iustum duntaxat tribuat, non etiam naturalem, sicut nec matrem vllam tribuit, sed patrem tantùm.

L. si spurius 4. D. vnd. cognat. l. Iurisconsultus 10. §. cognati D. de grad. & adfin.
L. qui in adoptionem 23. D. de adopt.

ILLATIO V.

De nomine matrimonij sumpto à matre non à patre. Et patrimonij à patre.

QVintò ex eodem Principio fieri etiam illud videtur, vt matrimonium nomen sumpserit à matre non à patre, quia mater, vt iam sæpius diximus, semper certa est vtpote quam facit probátque natura ipsa. Pater autem etsi certus quoque est cùm ex iustis nuptiis demonstrari potest, quia tamen non naturali sed ciuili ratione probatur, minùs priuilegij hac in re habere debuit quàm mater, cùm ex spe sobolis procreandæ matrimonia & dicantur & æstimentur. *l. liberorum 220. in fi. De ver. sign.* Mater enim nõ est quæ nupsit sed quæ liberos procreauit. E contrario patrimonium appellatum est à patre, non à matre, quoniam & ad familiam pertinet quæ patris est non matris, & iis artibus acquiritur, & conseruatur quæ virum magis quàm mulierem decent.

L. liberorũ 220. in fin. De verb. signific.

ILLATIO VI.

De filio suscepto ex iustis nuptijs sed quæ iam sint dissolutæ.

SExto ex eodem Principio fit quod illatione prima scripsimus vt iustis quoque nuptiis in ciuitate contractis possit quis ex iisdem personis nasci, nec tamen patrem vllum habere intelligatur, id est si nuptiæ illæ medio tempore & ante huius filij conceptionem fuerint dissolutæ, Vt in specie illa singulari *l. 1. C. de postlim. reuers.* putà vtroque coniuge aut alterutro ab hostibus capto. Nam cùm inter cæteros modos matrimonium captiuitate dissoluatur *l. 1.* D.

L. 1. C. de postlim reu. l. 1. D. de diuort.

de diuort. fieri non potest vt pater demonstretur ex iis nuptiis quæ desierunt esse licèt fuerint aliquando, si modò desierint esse ante filij conceptionem. Conceptionis enim tempus illud est, quod cum tempore nuptiarum concurrere oportet, vt per nuptias pater demonstretur.

PRINCIPIVM III.

De nuptiarum definitione.

L.1.D. hoc tit. De rit. nupt.

Nuptias cõsensus facit non concubitus.

L.1.§. ius naturale D. de iustit. & iur.

NVptiæ *sunt coniunctio maris & fœminæ, consortium omnis vitæ, diuini & humani iuris communicatio l.1.D. de rit. nupt.* Dicimus coniunctionem maris & fœminæ, vt nuptiarum materiam potiùs quàm formam & substantiam significemus. Nam præter id quod nuptias consensus facit non concubitus *l. nuptias* 30. *De regul. iur. l. cui fuerit* 15. *De condic. & demonstr. l. cùm hic status* 32. *§. si mulier* 13. *De donat. int. vir. & vxor.* illud etiam constat non quamlibet maris & fœminæ coniunctionem facere nuptias, sed eam duntaxat quæ fiat cum ratione, ac ex legum præscripto, vnde est quod Vlpianus in *l. 1. §. ius naturale D. de iustit. & iur.* tractans de iure naturali sic loquitur non vt dicat quamlibet maris & fœminæ coniunctionem esse iuris naturalis, sed vt eam demum, quam nos, inquit, matrimonium appellamus. Cæteri namque coitus omnes extra matrimonium iniusti sunt & illegitimi, tanquam qui eam rationem non habeant, quæ sola tam diuino, quàm humano iure matrimonium induxit, Nimirum ad propagandam humanam speciem, replendámque iustis liberis ciuitatem, quod bono cuíque legislatori semper curæ fuit, vt esse debet *l.1.D. solut. matrim. l. hoc modo* 64. *De condic. & demonstr. l. 2. in fin. C. de indict. viduit. tollend.* Et quamuis non sine ratione concubinatum leges ciuiles tolerent, scilicèt ne deterius quid contingat, non tamen tanta ratione vt potuerit vnquam is coitus fieri legitimus & à legibus adprobatus, Ita vt nullum nomen ne quidem hominum habeant qui ex tali coitu suscipiuntur, si iurisprudentiæ veteri plus tribuere volumus quàm posterioribus Imperatoribus, qui naturalium nomen iis dederunt vt ad superius Principium disputauimus ex Iustiniano in *Nouell. 89. quib. mod. natur. effic. sui.* Quod verò additur in Definitione nuptiarum *consortium omnis vitæ, diuini & humani iuris communicatio* matrimonij substantiam & potestatem demonstrat. Ex eo namque potissimùm æstimatur matrimonium, vt ex duabus personis & carnibus velut vnam personam carnémque vnam efficiat siue iuris diuini, quo primum fuerunt instituta matrimonia, præceptum illud consideres *Et erunt duo in carne vna*, siue quæ in hanc eandem rem fuerunt iure ciuili constituta. Idque naturali etiam ratione factum esse fieríque debuisse videtur, quia cùm neque sine matrimoniis respublica vlla, humanáque ipsa societas stare possit, neque matrimonium vllum aut perpetuum aut felix esse, quod non sit bene concordans vt loquitur *l.1.§. vlt. D. de liber. exhib.* neque rursum bene concordans esse matrimonium, in quo non adsit mira voluntatum & animorum consensio, quomodo fieri obsecro poterat vt qui distinctas haberent voluntates in omnibus consentirent, aut vt vna eadémque voluntas esset earum personarum quæ inter

Ratio & finis nuptiarum.

Concubinatus est coitus illegitimus.

Matrimonij effectus & potestas vt sint duo in carne vna.

L.1.§. vlt. D. de liber. exhib.

inter se diuersæ distinctæque essent? Fieri siquidem per rerum naturam non potest,quin quot sunt capita quot personæ,tot sint etiam voluntates, & consequenter quin diuersæ voluntates sint diuersarum personarum. Proinde ad constituenda matrimonia illud à Deo Opt. Max. fieri necesse fuit, quod neque legislator vllus ciuilis neque natura ipsa facere vnquam potuisset, vti ex duobus fieret vna caro, vt quod futurum erat consequens, vnius carnis vna subinde voluntas esset. Nam & è contrario diuortium à mentium diuersitate dictum fuisse Caius scribit in *l.2.D.de diuort.* Cur verò matrimonium *nuptias* Romani appellarunt? A nubendo,inquit,Varro *lib. 4. De ling. latin.* id est ab operiendo,quòd vetus ille mulierum nuptarum mos esset, vt non nisi velato & operto capite,ad demonstrandam verecundiam quæ pudicitiæ tuta comes fomésque est,in publico apparere se posse arbitrarentur, Veteribus enim *nubere* idem erat quod *operire*. Vnde & *nubes* dictas vult Isidorus quòd operiant cœlum. Ex quo intelligimus solas mulieres nuptas dici posse,non etiam viros nuptos, In eóque errare imperitissimè pleró sque temporum nostrorum Doctores,qui tum etiam cùm de viris loquuntur,non erubescunt verbum *nubendi* vsurpare,perinde acsi de fœminis loquerentur. Pessimo sanè, & publicè inhonesto exemplo, si Martiali credimus in illo loco *Vxorem quare locupletem ducere nolim, Quæritis, vxori nubere nolo meæ* & Imperatoribus in *l. cùm vir 31. C.ad leg.Iul.de adult.* An enim ille mos vnquam inualuit, vt operto velatóque capite incederent viri,qui vxorem duxissent? Et contrario errore plerique ex Doctoribus nostri temporis sic loquuntur de fœmina vt ducat virum: Ridicula nubit enim mulier, viro. Ducit vir & vxorem. Non enim priùs impleta matrimonij sollennitas dici olim poterat quàm deducta esset vxor in domum mariti *l.mulierem 5.D.de rit.nupt.l.penult.in princip. & §.1.* D. *de donat. int.vir.& vxor.l.2.D.de his quæ vt indign.l.si vxor 13.§.si minor* D. *ad leg. Iul. de adult.* vt ex ea deductione appareret ex duabus familijs vnam fieri vnámque domum. Fiebat autem deductio in domum non vxoris sed mariti, quia vt eleganter Pomponius scribit in *dict.l.5.De rit. nupt.* non vxoris sed mariti domus matrimonij domicilium est, Sicut & eius personæ quæ per matrimonium vna ex duabus constituitur,maritus caput est non vxor,iuxta sententiam Diui Pauli. Adde textum elegantem in *l.cùm in te 6.C.de donat.ant.nupt.*

L.2.D.de diuort. *Nuptiæ vnde dictæ.* *Nubere est mulieris, Ducere vxoris.* *Deductio in domum viri est ex sollennibus nuptiarum.* *L.5.D.hoc tit.* *Mariti domus est domicilium mariti.* *L.cùm in te 6.C.de donat.*

ILLATIO I.

De castratis, & spadonibus.

EX hoc Principio illud primùm fit,vt qui sunt castrati matrimonium contrahere non possint *l.si serua 39.§.1.D.de iu.dot.* quia cùm iis desit ea pars corporis,quæ necessaria est ad coitum,non possunt fœminis coniungi, Ergo nec matrimonium contrahere,quod nihil aliud est, quàm iusta legitimáque maris & fœminæ coniunctio. Nec est contrarium quod spadones nuptias contrahere possunt *d.§.1.* Spadones enim illi dicuntur,qui non tã natura quã corporali vitio, & vt plurimùm temporali prohibentur ne generare possint, ac proinde qui fœminæ coniungi possunt,adeóque spem aliquam habent generandi,liberósque procreandi, In eóque à castratis distinguuntur, *§.sed & illud instr. De adopt.l.2.§.illud l.adrogato 40.§.vlt.* D.*eod.* vbi ex hac causa scriptum

L.si serua 39.§.1.D.de iur.dot. *§.sed & illud De ado. l.2.§.illud. l.arrogato 40.§.vlt. D.eod.*

est spadones posse adrogare, castratos verò non posse. Quo etiam pertinet differentia quam inter spadonem & castratum ponit Vlpianus quantum ad posthumi heredis instituendi facultatem, in *l. sed est quæsitum* 6. *De liber. & posthum.* Quamuis *spadonum* appellatio aliquando sit generalis, vt etiam castratos comprehendat *l. spadonum* 128. *De verbor. signific. l. 4. §. idem Diuus D. ad leg. Cornel. de sicar.*

L. sed est quæsitum 6. D. de libr. & posthum. L. spadonũ 128. de ver. signific. l. 4. §. idem Diuus D. ad leg. Cornel. de sicar.

ILLATIO II.

De frigidis & maleficiatis & de virgine nondum viripotente.

SEcundò ex eodem Principio fit, vt ea quoque matrimonia quæ ab initio constitisse videntur tanquam legitimè contracta dissoluantur posteà si appareat frigidum esse virum aut maleficiatum, aliáve ratione inhabilem ad coniunctionem illam naturalem sine qua matrimonium nullum esse potest *Tot. tit. Decret. Extra de frigid. & malefic.* Idem est si virgo vel propter ætatem vel qua alia de causa non sit viripotens. *l. pater* 101. *De condict. & dem. l. 13. de verb. sign. l. 5. §. 2. ex quib. caus. in poss. §. 1. hoc tit.* Non enim potest videri nupta quæ virum pati nequit *l. pen. quand. dies legat. ced.*

ILLATIO III.

De muliere quinquagenaria.

TErtiò ex eodem Principio fit, vt è contrario nec possint esse nuptiæ cum ea muliere quæ licèt viro coniungi possit, non tamen eiusmodi coniunctione ex qua liberi vnquam sperari possint, Vt puta si sit maior quinquagenaria, & ita inhabilis ad prolem suscipiendam, Quasi nihil intersit an coniunctio ista maris & fœminæ quæ matrimonij materiam præbet, fieri nullomodo possit, an verò possit quidem, sed non ad eum effectum ad quem comparata sunt matrimonia, id est, prolis habendæ causa, Et quasi belluinus magis quàm rationabilis appetitus ille sit nubendi in muliere quæ liberos vnquam sperare per ætatem prohibeatur. Sed hæc quidem iuris ciuilis & constitutio & ratio est teste *Vlp. in fragm. tit. 16.* Verùm iure pontificio aliter se res habet, fuitque hac parte vt in cæteris ferè omnibus abrogata lex Iulia Papia quæ ius illud induxerat, permissúmque omnibus id est tam sexagenarijs viris quàm quinquagenarijs mulieribus pro arbitrio contrahere matrimonium, quippe quod à Deo Opt. Max. sit institutum non modò ad liberos procreandos, sed etiam vice remedij aduersus peccatum incontinentiæ. Idque Iustinianus etiam noster constituit in *l. sancimus nuptias* 27. *C. de nupt.* cui iungenda est *l. si maior* 12. *C. de legit. hered.* licèt idem Iustin. in tollenda lege Miscella quæ viduitatem inducebat, distinxerit mulierem quæ sobolis tantùm procreandæ gratia velit ad secundas migrare nuptias, ab ea quæ liberos amplius sperare non possit in *d. l. 2. C. de indict. viduit. toll.* Planè si proponas nupsisse virginem quæ tam arcta sit, vt masculi congressum excipere non possit ne iure quidem pontificio nuptiæ consistent, Non alia ratione, quàm quæ ex hoc Principio desumitur, quòd matrimonium sine maris & fœminæ coniunctione corporali nullum esse possit.

Vlp. in frag. tit. 16.

l. sancimus nuptias 27. C. de nupt. l. si mater 12. C. de leg. hered. L. 2. C de ind. viduit. tollend.

ILL.

ILLATIO IV.

De fauore nuptiarum & odio cœlibatus.

QVartò ex eodem Principio fit vt nuptiarum & matrimoniorum fauore pleraque sint iure ciuili fauorabiliter constituta, nimirum vt ad contrahendas nuptias prolémque suscipiendam his veluti præmiis ciues inuitarentur, quòd ea res ad reipublicæ dignitatem & amplitudinem pertinere maximè videretur, sine qua nec diu stare respublica ipsa posset. E diuerso leges multæ latæ sunt in pœnam eorum qui vel cœlibes essent, id est à nuptiis in perpetuum abstinerent, vel orbi, hoc est qui ex contractis nuptiis liberos nullos suscepissent. Cœlibes enim ex testamento extranei capere nihil prorsus poterant: Orbi verò non nisi semissem. Sed & si quis vnum duntaxat filium filiámve suscepisset, nullas quidem pœnas patiebatur, sed neque percipiebat ea præmia, quæ patribus plus liberos habentibus erant parata, vt Vlpian. in Fragmẽtis scribit, & ad Vlpianum Cuiacius in *tit. De cœlib. orb. & solit.* Solitarium hũc vocat Vlpianus qui solum filium habebat non plures, Indéque etiam est quod lege Cornelia de sicariis, & Diui Hadriani constitutione capitis pœna constituta est in eum qui aut alios, aut seipsum etiam castrasset *d. l. 4. §. idem Diuus D. ad leg. Cornel. de sicar.* Iunge Leonis *Nouell. 60. in fin.* *d. l. 4. §. idẽ Diuus D. ad leg. Cornel. de sicar. Nouell. 60. in fin.*

ILLATIO V.

Eandem videri personam mariti & vxoris.

QVintò ex eodem Principio fit, quod eleganter Papinianus respondit in *l. penul. D. de vsufr. legat.* si pater filiæ domum legauerit, eíque per domus hereditarias transeundi ius præstari voluerit, si filia domum suam habitet viro quoque ius transeundi præstandum esse: alioquin futurum, vt nec ipsi filię pręstari videatur, etiamsi non legatum seruitutis plenum, sed nudus transeundi vsus quem planè personalem adeóque personalissimum esse constat filiæ relictus proponatur. Nempe quia non alia mariti, alia vxoris, sed vna eadémque persona vtriusq; esse intelligitur, Nec tantùm mera iuris fictione, vt de herede dici solet, censeri eum personam eandem cum defuncto, sed etiam reuera, Nemo enim dixerit vsum transeundi posse ad heredem filiæ transmitti, ne quod affectu filię datum est hoc & ad ipsius exteros heredes transmittatur, vt ibidem subiicit Papinianus. *L. penult. D. de vsufr. legat.*

ILLATIO VI.

De vsu ædium qui legatus sit marito.

SExtò ex eodem Principio fit è diuerso vt si marito vsus ædium legatus sit possit mulier cum viro in iis ædibus habitare sicut & maritus cum muliere posset, si mulieri vsus relictus proponeretur. *l. 4. §. 1. D. de vsu & habit.* vbi Vlpianus scribit hoc à Quinto Mucio primùm fuisse admissum licèt aliam quàm hanc nostram rationem adferat, nec ineleganter. Ne alioquin ei ex coniugibus cui vsus legatus est carendum sit matrimonio dũ vult vti domo. Quinimò etiamsi viduæ vsus legatus sit, placet Vlpiano ibidem ex Pomponij & Papiniani sententia posse illam cum viro cui postea nupserit in iis- *L. 4. §. 1. De vsu & habit.*

dem in ædibus habitare. Hoc amplius Pomponius dixit & Vlpianus probat, cum socero quoque mulierem habitaturam & socerum cum nuru, vtique si vir viuâ sit. Non solùm autem cum marito, sed in consequentiam cum liberis quoque libertisque, adeóque cum parentibus mulieri habitare permittendum.

ILLATIO VII.

De remittenda condicione adscripta legato relicto mulieri si à viro diuerterit.

l. sed neque 8. §. 1 eo. tit.

SEptimò ex eodem Principio fit quod idem Vlpianus subiungit in *l. sed neque 8. §. 1. eod. tit.* Si vsus ædium mulieri legatus sit sub ea condicione *si à viro diuertisset* remittendam ei condicionem vt simul cum viro in iis ædibus habitare possit. Non enim potest non esse odiosa, & contra bonos mores ea condicio quæ inuitet coniuges ad dissoluendam huiusmodi indiuiduam vitæ societatem, Cúmque nihil fauorabilius nuptiis consequens est vt è contrario diuortia sint odiosa per quæ vinculum nuptiarum eáque vitæ societas dissoluatur, Itémque cætera omnia quæ nuptiis, siue contractis, siue contrahendis aliquod afferant impedimentum *l. cum tale 72. §. si arbitratu De cond. & demonstr.*

L. cùm tale 72. § si arbitratu De condic. & demonstr.

ILLATIO VIII.

De causa dotis perpetua.

L. 1. & 3. D. de iur. dot.

OCtauò ex eodem Principio fit, vt dotis causa perpetua esse dicatur, quia cùm detur propter matrimonium, ita vt nec sine matrimonio esse possit *l. 3. D. de iur. dot.* matrimonium autem indiuiduam vitæ societatem contineat, fieri certè nequit, vti ne dos ex voto illius qui eam dat, ita contrahatur vt super & perpetuò apud maritum sit, quemadmodum Paulus scribit in *l. 1. eod. titu.* ex quo fit etiam vt ex ea dotis causa dominium rerum dotalium marito acquiratur, Nec enim causæ contractuum temporariæ vt locationis mutant dominium, sed perpetuæ, vt eleganter tractat Cuiac. ad *tit. C. eod.*

ILLATIO IX.

De committenda stipulatione collata in personam viri aut vxoris.

L. si stipulatus fuero 111. De verb. oblig.

NOnò ex eodem Principio fit quod Pomponius scribit in *l. si stipulatus fuero 111. De verb. obligation.* Si stipulatus fuero, Per te non fieri quominùs illa domo mihi vti liceat, etiamsi me non prohibeas tamen committi stipulationem si vxorem meam prohibeas, vel contrà, si vxore mea idem sibi stipulata, tu me prohibeas. Nam & multò latiùs ea stipulationis verba possunt accipi, Nimirum vt si stipulatus fuero, Per te non fieri quominùs via, itinere actúque vti liceat, etsi non me, sed alium nomine meo ingredi volentem prohibueris, stipulatio committatur, quemadmodum scriptum est in eadem lege. Cur verò in hoc posteriore casu latiùs accipiuntur verba illa stipulationis quàm in priore? Quia cum clausula *Per te non fieri quominus mihi &c.* perso-

personâ ipsâ & promissoris & stipulatoris præcisè demonstret, nihil fieri videtur contra rigorem & proprietatem verborum cùm persona vxoris accipitur pro persona viri, aut contra, siquidem vtriusque persona vna & eadem esse creditur, Quod non similiter dici potest, cùm ad aliam meo nomine ingredi volentem hæc ipsa stipulationis verba accommodantur, quādoquidē ille alius reuera est à me, licèt id quod facit meo nomine faciat. Hic enim videtur mihi esse illius legis sensus, quamuis non satis bene expressus iis verbis *& latius est hæc verba sic accipi* quę potiùs significare videtur latiorem illā esse significationē per quam fiat vt persona mulieris pro persona mariti, vel ex aduerso accipiatur, cùm tamen sequentia ostendant eo sensu ita scriptum fuisse, acsi pluribus, & apertiùs scriptum esset melius esse vt supradicta verba non solum sic accipiantur interposita per maritum stipulatione vt vxoris personam comprehendant, sed etiam longè latius vt ad extraneam quoque personam referantur si quis alius nomine stipulatoris ingredi fundum velit. Qua de causa facilè in suspicionem venio, non tam Pomponij esse hanc clausulam, cæteráque omnia quæ in eadem lege sequuntur, quàm Triboniani suo more impropriè loquentis. Cuius rei argumentum & coniecturam præbet mihi ea interrogatio quæ pręcedit responsionem *an commutatur stipulatio?* Solet enim ille huiusmodi interrogatiunculis viam facere suis responsionibus sub prudentum nomine insinuandis. Monent me etiam verba illa *sciendum erit* quæ Triboniano longè familiariora sunt, quàm Vlpiano, aut Pomponio cuius ea lex est aliive vlli ex Iureconsultis. *Manus Triboniani.*

ILLATIO X.

De commixtione familiæ mariti & vxoris.

DEcimò ex eodem Principio fit vt si vir aut vxor occisi esse proponantur de seruis vtriusque quæstio habeatur, quia licèt neque serui mariti propriè vxoris serui dicantur, neque vxoris propriè mariti negari tamen non potest, quin vtraque familia commixta & vna domus sit, ac proinde ita vindicandum facinus, atque in propriis domini occisi seruis vindicari solet, idque senatusconsulto Silaniano etiam cautum fuisse refert Vlp. in *l.1.§. si vir D. de SC. Silan.* *L.1 §. si vir D. de SC. Silan.*

ILLATIO XI.

De patre volente abducere filiamfamilias à marito.

VNdecimò ex eodem Principio fit, vt quamuis per filiæfamilias matrimonium non dissoluatur patria potestas quæ facit inter cætera vt patris & liberorum vna eadémque persona esse existimetur *l. ne cum filiofamilias* 16. *D. de furt.* iunct. *l. lis nulla* 4. *D. de iudic. l. vlt. C. de impub. & aliis subst.* si tamen pater filiam suam quę mihi nupta sit abducere velit, vel exhiberi sibi desideret, danda mihi sit aduersus eum interdicto agentem exceptio *l.1.§. vlt.* D. *de liber. exhib.* vbi Vlpianus elegantem adfert rationem *ne bene concordantia matrimonia iure patriæ potestatis turbentur.* Tantum abest, vt patri licere debeat concordās matrimonium fortè & liberis subnixum velle dissoluere, vt eadem lex ait. Subiungens fore tamen ciuilius persuaderi patri ne acerbè patriā potestatē exerceat. Immo quod magis est de vxore exhibenda ac ducenda pater etiamsi *L.1.§. vlt. D. de liber. exhib.*

filiam in sua potestate habeat, à me qui maritus sum rectè conuenietur, vt ex Hermogeniano traditum est in *l.eod.tit.l.vlt.C.eod.l.si inuita* 11.*C. de nupt.* Vt intelligamus maiorem esse personarum vitæque communion ēne dicam idētitatem inter virum & vxorem quàm sit inter filiam & patrem. Cui conuenit quod iure diuino iubetur quisquis maritus est relinquere patrem & matrem & adhærere vxori suæ: multò magis ea quæ nupta est adhærere marito parentibus relictis. Quanquam iure ciuili hoc amplius est quod patris consensus in filiæ nuptiis exigitur, vt dicemus Princip.seq.

L 2.eo: l.vl. C. eod.l. si inuita 11. *C. de nupt.*

ILLATIO XII.

De iis inter quos est figura & imago matrimonij.

DVodecimò ex eodem Principio fit vt in iis quoque personis inter quas matrimonium nec est, nec esse potest, si tamē figura & vt ita dicam, imago quædam sit matrimonij, putà inter seruos in contubernio degentes, dura dicatur separatio, si qua de causa contubernalē à contubernali separari oporteat, *l.quæsitum* 12.*§.vxores* 7.*De instruct. & instrum. legat.* vbi Vlp. scribit, legatis iis seruis qui fundi instructi legato continentur, vxores quoque & infantes eorū in eadē villa degentes ex verisimili testantis voluntate eodem legato contineri, *Neque enim*, inquit, *duram separationem iniunxisse testator credendus est.* Nēpe quia licèt contubernium non sit matrimonium, tamen matrimonij figura quædam & imago est, esséťque matrimonium si inter seruos perinde ac inter liberos homines matrimonium contrahi posset: Propter quam causam contubernalis ancilla, id est quæ in serui contubernio est, non minùs, licèt minùs propriè vxor appellatur, quàm si libera esset *d.§. vxores*, & qui ex eo contubernio nascuntur perinde acsi ex matrimonio nati essent liberi dicuntur in *§.contubernales* 33.*ead.leg.* Facit *l.vxorem* 41. *§. codicillis* 2. *& §. concubinæ De legat.*3.

L. quæsitum 12.*§ vxores* 7. *De instruct. & instrum. leg.*

§.contubernales 33. *e-iusd. leg. l. vxorem* 4. *§. codicillis* 2. *& §. concubinæ de legat.*3.

ILLATIO XIII.

De iudicio rerum amotarum, & eius inducendi causa.

DEcimotertiò ex eodem Principio fit, vt rerum amotarum iudicium singulare introduci necesse fuerit aduersus eam quæ vxor fuisset, quia non placuit maritum agere furti cum ea posse. Siue quòd ne quidem furtum facere mulier intelligatur, vt Nerua & Cassius existimarunt, quia societas vitæ quodammodo eam dominam faciat, nemo autem rei suæ furtum facere possit, Siue quòd furtum quidem viro faciat, sicut & filia patri, sed tamen in honorem matrimonij, turpis actio sit deneganda, vt Sabino & Cassio visum fuisse refert Paulus in *l.1.D.rer.amot.* iunct. *l.2.eod.tit.* Quamuis in aliis plerisque ea rerum amotarum actio non minùs duras habeat præstationes quàm si ei personæ contra quam exercetur, nullus honor haberetur. Vt puta in eo quod in solidum datur, non in quantum facere possit is qui conuenitur *l.si rerum* 52.*D.de re indic.* vbi Tryphoninus scribit, Si rerum amotarum iudicio cum viro agatur, quanquam videatur ea quoque actio præcedentis societatis vitæ causam habuisse, in solidum tamen condemnari virum debere, quoniam ex malè contractu & delicto pro-

L.1.& 2.D. rer.amot.

L. si rerum 52.*D. de re indic.*

proficiſcatur. Nec enim minùs delinquit maritus qui vxoris res amouet, quàm vxor quę res mariti. Ideóque perinde datur ea actio vxori contra maritum atque marito contra vxorem *L.2.C.rer.amot.* Vlp. in *fragment. tit.7.§.2.*

L.2.C. rer amot.

ILLAT. XIIII.

De nuptiis per deportationem alterutrius coniugum non diſſoluendis.

DEcimoquartò ex eodem Principio fit, vt quamuis nuptię non inter alios quàm inter ciues romanos contrahi iure ciuili poſſint, vt diximus ad Princip.1. *huius tit.* & deportatione ciuitas amittatur redacto ad peregrinitatem eo qui deportatur, vt loquitur Iurec. in *l. ſed ſi hac 10. §. ſed ſi per pœnam De in ius vocan. l.1.C. de hered. inſtit. l.vl. D. de var. & extraor. cognit. l.pen. D. de capit. minut.* nuptiæ tamen per alterutrius coniugum deportationem minimè diſſoluantur ſi coniugalem affectionem retinere alius voluerit qui non fuit deportatus *l.1.C. de repud. l. res vxoris 24.C. de donat. int. vir. & vxor. l. ſed ſi mors 13 §.1 D. eod. l.5. D. de bon. damnat.* Nam cùm deportatio non comparetur morti, quia deportatus amiſſa ciuitate retinet libertatem, quid humanius eſt & ea vitæ indiuidua ſocietate quæ per nuptias contrahitur dignius, quàm vtroque viuente coniuge fortuitis caſibus mulieris maritum, vel mariti vxorem participem eſſe? vt ſub Vlpiani nomine Tribonianus ſcribit in *l. ſi cùm dotem 22. §. ſi maritus D. ſolut. matrimon.* Nam & inde fit quod eo loco ſcriptum eſt, vt per furorem ſuperuenientem matrimonium non diſſoluatur. Quod & ſcriptum eſt in *l. patre furioſo 8. De his qui ſunt ſui vel alien. iur.* ſiue inquit ea lex alteruter coniugum furere cœperit, ſiue vterque. Et tamen ſi alter ex coniugibus qui deportatus non eſt nolit coniugalem adfectionem retinere poſt alterius cõiugis deportationem, matrimonium diſſoluitur *l. ſi quis ſic ſtipuletur 56. ſolut. matrim.* Sic enim locus ille neceſſariò accipiendus eſt, vt conſtat ex *d. l.1.C. de repud.* Hoc verò cur ita? hoc eſt, Cur ad matrimonium diſſoluendum hoc tantùm exigimus, vt nolit is qui deportatus non eſt matrimonij adfectionem retinere? An quòd etiamſi deportatio non interueniſſet alterutrius coniugum voluntate diſſolui matrimonium poſſet, permiſſa ſcilicet diuortiorum licentia & libertate? Minimè. Nam eo caſu neceſſarium eſſet repudium mittere per nuncium, aut aliter animum repudiandi teſtatione ac ſignificatione aliqua inſinuare, quod hoc caſu neceſſarium non eſt cùm deportatio interuenit. Sufficit enim ſimplex abnutiuum voluntatis, vt loquar cum Paulo in *l. inter ſtipulantem 83. in princip. De verb. obligat.* Ratio igitur illa eſt, quia deportato aqua & igni interdici ſolebat, Certè aquæ & ignis interdictio ſucceſſit in locum veteris illius deportationis *dicta lege 1.C. de hered. inſtit.* In contrahendis verò matrimoniis ille olim mos erat, vt nupta, domi aqua & igni exciperetur, ad demonſtrandam contrahendámque indiuiduam iſtam vitæ ſocietatem quæ ſine communi aquæ & ignis vſu conſeruari non poſſet, vt vterque coniugum intelligeret in ea vitæ ſocietate ſibi quandiu ambo viuerent perſtandum eſſe licet aliam eius ſollennitatis rationem adferat Varro *lib.4. De ling. latin.* ſumptam ex eo quod cauſa naſcendi duplex ſit ignis & aqua, quaſi mas ignis ſit, quod ibi ſemen aqua fœmina quod fœtus ab eius humore fit;

L.1.C. de repud. l. res vxoris 24. C. de don. int. vir. & vxor. l. ſed ſi mors 13.§.1. D. eo. l.5. D. de bon. damnat.

L. ſi cùm dotem 22 §. ſi maritus D. ſolut. matr.

L. patre 8. De his qui ſui vel alie. iur.

L. ſi quis ſic ſtipuletur 56 ſolut. matrim.

Interdictio aquæ & ignis ſucceſſit in locum deportationis. L.1.C. de hered. inſtit.

Cur nupta exciperetur aqua & igni in domo mariti.

Cui consequens visum fuit vt eam societatem etiam citra repudium dissoluere liceret si contingeret alterutri coniugum aqua & igni interdici, quod in eum vsque casum matrimonij sollennitas progressa nō fuisset, Quamuis nihil vetaret coniugalē fidē & affectionē se extendere longiùs quàm se extenderet ipsa etiam sollennitas nuptiarum: maioremque vim esse veritatis quàm symboli & significationis. Non enim alia ratione poterat meliùs significari communio rerum omnium inter coniuges, quàm communicatione elementorum ex quibus omnia constant. Cur ergo, inquies, duobus tantùm elementis illis aqua & igni coniuges in eam rem vtebantur, cùm sint quatuor elementa? Nimirum quia duo reliqua, id est, aer & terra communicabantur satis hoc ipso quod in mariti domo vxor excipiebatur, cùm nec sine terra, nec sine aere domus ipsa stare posset: quomodo sine aqua & igni si ingredienti vxori exhibita non fuissent, stare vtique potuissent. Ea igitur elementa duntaxat exhiberi debuerunt, quæ an in domo essent, poterat ignorari. Idque significare videtur Imp. Gordianus in *l.4. C. de crimin. expil. hered.* iis verbis *aduersus vxorem quæ socia rei humanæ atque diuinæ domi suscipitur.* Lego namque *domi* non vt vulgo *domus.* Quid enim attinet eo loco de diuina domo tractare? An fortassis eo sensu quo in *tit. C. de fundis rei priuatæ & saltibus diuinæ domus lib.11. C. tit.* 65. An non sufficiebat dixisse vxorem sociam rei diuinæ atque humanæ; id est vt Principium nostrum habet, diuini atque humani iuris. Sed voluit Gordianus dicere, vxorem suscipi domi sociam rei humanæ atque diuinæ, id est ideo fieri sociam quia domi excipitur aqua & igni. Quorum duorum vsus non solùm ad res humanas maximè ac necessariò pertinet, sicut & cæterorum elementorum, vt diximus, sed etiam ad res diuinas. Vix enim sacra vlla erant in republica romana quæ citra ignis, aut aquæ, aut vtriusque vsum peragerentur. Sanè de igne extabat lex in duodecim tabulis in hæc verba *Deos absque igne non colunto.*

L. 4. C. de crimin. expil. hered.

L. 12. tab. de Diis absque igne non colendos.

ILLATIO XV.

De matrimonio per captiuitatem dissoluendo.

DEcimoquintò ex eodem Principio fit, vt matrimonium non solùm morte dissoluatur, sed etiam captiuitate, id est si alteruter coniugum redactus sit in seruitutem, siue quòd captus sit ab hostibus, siue quòd seruus pœnæ factus sit per sententiam, puta si damnatus fuerit in metallum *l.1. D. de diuort. d.l. sed si mors 13. §.1. D. de donat. int. vir. & vxor. dicta lege res vxoris 24. C. eo. d.l.5. D. de bon. damnat.* Nam cùm seruitus morti adsimiletur, *l. cum hic status 32. §. si donator 6. D. de donat. int. vir. & vxor. l. intercidit 59. in fin. De condic. & demonstrat. l. seruitutem 209. De regul. iur.* societas autem quælibet morte dissoluatur etiam quæ in perpetuum fuerat contracta *l.1. l. 4. §. 1. l. cùm duobus 52. aliàs l. si fratres §. idem respondit 9. l. verum est 63. §. vltim. l. actione 65. §. morte. 9. D. pro socio.* Consequens est matrimonium quod nihil aliud quàm totius vitæ, omnísque iuris societas est dissolui per mortem aut seruitutem alterutrius coniugum, nec stare posse etiamsi maximè vxor captiui velit & interim maneat in domo mariti *l. in bello 12. §. sed captiui vxor D. de captiu. & postlim.* Nisi proponas libertam, quæ nupserit patrono po-

L.1. D. de diuort. l. sed si mors 13. §.1. D. de donat. int. vir. & vxor. l. res vxoris 24. C. eo. l. 5. D. de bon. damnat.

Cur matrimonium per captiuitatē dissoluatur.

L. in bello 12. § sed captiui vxor D. de capt. & postlim.

no postea ab hostibus capto. Sequimur enim hoc casu sententiam Iuliani existimantis durare huius libertæ matrimonium etiam in captiuitate propter reuerentiam patroni, vt Vlpianus refert in *l. in eo iure* 45. §. *vltim.* D. *de rit. nupt.* Addens tamen si in aliam quàm hostium seruitutem patronus deductus sit, proculdubio matrimonium dissolui. Dices huic rationi si recta est, consequens fore, vt etiam deportatione soluatur matrimonium contrà quàm proximè diximus. Nam nec dubitandum est quin aliæ societates deportatione alterutrius ex sociis dissoluantur *dicta lege, verum* §. *vltim.* vbi Vlpianus apertè scribit interire homines non solùm morte sed etiam maxima, mediáque capitis diminutione, Quasi nihil intersit an maxima an media capitis diminutio interuenerit quantum ad effectum dissoluendæ societatis, & quod ad hoc vt quisquis alterutram capitis diminutionem passus est, pro mortuo sit habendus. Quod & apertiùs idem Vlpian. scripsit in *l. 1.* §. *penult De bonor. poss. contr. tabul.* & Paulus in *l. si necem* 4. §. *si deportatus De bon. libert.* itémque Scæuola in *l. Gallus* 29. §. *& quid si tantùm De libert. & posthum.* Respondeo, cùm de bonorum duntaxat societate agitur, deportationem bene comparari morti, *dicta lege verum*, quia deportatus sicut amittit ciuitatem, ita & bona omnia quæ habebat dum esset in ciuitate. Habet enim deportatio semper adnexam bonorum publicationem quam nos confiscationem appellamus. Fieri autem nequit, vt eius rei quæ publicata sit socius quisquam intelligatur, non magis quàm eius rei quæ iam sit nulla, vt Vlpian. addit in *dicto* §. *vltim. l. verum.* Eadémque ratio facit vt in aliis etiam iuris partibus in quibus non agitur nisi de bonis, deportatus pro mortuo habeatur, quia non magis bona vlla potest habere quàm si reuera mortuus, aut in metallum damnatus proponeretur. At societas illa ex qua matrimonium æstimatur, non bonorum duntaxat societas est, sed vitæ, verum autem est deportatione vitam non finiri, nec pro mortuo habendum esse deportatum extra causam bonorum. Nec ergo dici potest dissolui matrimonium per deportationem. Quemadmodum nec hodie dissoluitur per condemnationem in metallum postquam placuit Iustin. *Nouell. 22. De nupt. ca. 8.* §. *quod tamen prius*, neminem bene natum & ingenuum ex pœna seruum fieri amplius posse, quamuis non minùs hodie quàm olim amittat bona sua omnia is qui talem patitur condemnationem.

L. in eo iure 45. §. vlt. D. hoc tit.

L. verù est 63. §. vlt. D. pro socio.

Nouell. 22. De nupt. ca. 8. § quod autem prius.

ILLATIO XVI.

De diuortiis.

DEcimosextò ex eodem Principio fit vt per diuortium quoque nuptiæ dissoluantur *dicta l. 1. D. de diuort.* quia cùm matrimonium nihil aliud sit quàm societas, vt diximus, societas autem non nisi ex sociorum voluntate constet fieri certè nequit, vt non intercidat matrimonium, vt & alia quælibet societas intercidente voluntate, vt Vlp. ratiocinatur in *d. l. verum est* 63. §. *vltim. D. pro socio.* Hac sola differentia, quòd in cæteris societatibus dissoluendis sufficit adesse tacitam dissoluendæ societatis voluntatem, id est quæ nullis verbis expressa solo ex facto colligatur, putà si socij separatim agere cœperint, & vnusquisque eorum sibi negotiari, vt ex Callistrato subiungitur in *l. itaque* 64. *eod.* At in dissoluendo per diuortium matrimonio,

L. 1. D. de diuort.

L. verù 63. & seq. D. pro socio.

expressa declaratione voluntatis opus est, missóque nuncio repudii in hęc verba quæ olim sollēnia fuerunt concepto *Res tuas tibi habeto. Condicione tua amplius non vtor. Tuas res tibi agito. l. 2. D. de diuort.* vbi tamen Caius ostendit aliā fuisse formulam sollennem renunciationis spōsaliorum, aliam matrimoniorum dissoluendorum. Illa enim verba quæ retulimus *Condicione tua non vtor* sponsalibus dissoluendis fuisse accommodata, Cæteras formulas, dissoluendis matrimoniis: Cęterùm in vtrisque necessariū extitisse, vt sollennia renūciationis verba interuenirent, & vt diuortium fieret certo modo, quemadmodum loquitur Vlp. in *l. vnic. in fin. D. vnde vir & vxor.* Nempe quod societas ista quæ per matrimonium inducitur adeóque per sponsalia quodāmodo inchoatur, non quælibet societas sit, sed sollennis & eiusmodi qua præstantior & dignior nulla contrahi possit, cùm sit societas vitæ ac dignitatis, non vt cæteræ, bonorum duntaxat. Vnde etiam est, quòd licèt diuortium à menitum diuersitate dictum sit, aut quòd in diuersas partes eunt, qui distrahunt matrimonium vt Caius ait in *d. l. 2.* non tamen diuortium esse intelligatur nisi verum, id est quod fiat animo perpetuam constituendi voluntatum dissensionem, Sicut è cōtrario matrimonium non est nisi quod fiat animo perpetuam constituendi voluntatum consensionem *l. 3. eod. tit.* vbi addit Paulus quod est cōsequens, quicquid in calore iracundiæ, vel fit, vel dicitur inter coniuges non priùs ratū esse quàm apparuerit ex perseuerantia iudicium animi fuisse, ideóque misso etiam per calorem repudio, si breui vxor reuersa sit, nec videri diuertisse: Iurgium enim illud est, vt Papinianus vocat in *l. quod si non diuortium 31. D. de iur. dot.* aut fribusculum vt Vlp. in *dict. l. cùm hic status 32. §. quòd si non diuortium 12. De donat. int. vir. & vxor.* non etiam diuortium. Repudio namque opus est ad hoc vt diuortium fiat. Et inter repudium ac diuortium differētia tātùm illa est, quòd repudium non solis nuptiis dissoluendis conuenit, sed etiam sponsalibus, Diuortium verò nuptiis tantùm, vt & Cuiacius docuit in *para. ad tit. D. de diuor.* Denique duplex est diuortium verum & simulatum. Vero diuortio nuptiæ dissoluuntur, non etiam simulato *l. vir mulieri 64. eo. tit. De don. int. vir. & vxor.* Sed nec quicquam vetat mulierem & maritum diu seorsum habitare, neque eo minùs honorem matrimonij inuicem habere, quod interdum inter consulares quoque personas euenisse testis est Vlp. in *d. l. cùm hic status §. si mulier 13.* vbi ait hoc casu durare nuptias, propterea quòd non coitus faciat matrimonium, sed maritalis adfectio. Quod adeò verum est, vt etiam iure canonico & diuino quod istam diuortiorum licentiam non agnoscit: interdum tamen separatio thori permittatur, ipso matrimonij vinculo remanente, & faciente ne aliud matrimonium cōtrahi possit, vt puta ex adulterij causa, quemadmodum aduersus hæreticorum nostri temporis impudentiam ex sacris scripturis decisum est à Concilio Tridentino sanctissimè, vt & cætera omnia, quamuis etiamnum ex Iureconsultis nostris qui Theologi quoque videri volunt, plerique reluctentur.

L. 1. D. de diuort. — *L. vnic. in fi. D. vnd. vir. & vxor.* — *L. 3. D. hoc tit.* — *L. quòd si nō diuortiū 31. D. de iur. dot. l. cùm hic status 32. §. quòd si non diuortiū D. de donat. int. vir. & vxor.* — *Duplex diuortium verum & simulatum.* — *L. vir mulieri 64. eo. tit. d. l. cùm hic status. §. si mulier. 13.* — *Separatio thori i[n]ter dum permissa, durante vinculo matrimonij.*

ILLATIO XVII.

De translatione domicilij mulieris in domicilium mariti.

DEcimoseptimò ex eodem Principio fit vt mulier quæ nubit si ex alio loco trahat originem hoc ipso mutet domicilium, & pro suo domicilium mariti

mariti sortiatur *l.cum quadam puella* 19. D.*de iurisdict.* quia scilicet domus mariti domicilium matrimonij est vt iam diximus ex *l.*5.*D.de rit.nupt.l.cùm in te* 6.cuius non alia quàm hæc ratio est C.*de donat.ant.nupt.* Ideóque in sponsa aliud est, Nec enim illa suum domicilium mutat ante contractas nuptias *l. ea quæ desponsa* 31.D.*ad municip.* Sicut nec ea quæ se in matrimonium non legitimum dedit, vt loquitur Callistratus in *l.penult.§.vlt.eod.tit.* vbi scribit mulieres quæ in matrimonium se dederint non legitimum, non ibi fungendas muneribus, vnde mariti earum sunt, sed vnde ipsæ ortæ sint: Non alia vtique ratione quàm quod non mutauerint domicilium per nuptias, quæ veræ nuptiæ non fuerunt, Vt intelligamus quoties iustæ ac quod idem est veræ sunt nuptiæ aliud esse probandum. Constat enim mulierem quandiu nupta est incolam eiusdem ciuitatis videri cuius maritus ipse est, & ibi non etiam in eo loco vnde originem trahit, muneribus publicis fungi debere *l.vlt.§. item rescripserunt eo. tit.l.vnic.* C.*de mulier.in quo loco lib.*10.*tit.*62. nisi maritus in ipsa vxoris suæ patria domicilium defixerit, quo casu fit idem locus domicilij & incolatus vtriusque *l.si in patria* 5.C.*de incol.& vbi quis domicil.hab.videat. eod.lib.tit.*39. Nam cùm in eo loco quisque domicilium habere intelligatur, vbi larem rerúmque suarum & fortunarum summam constituit, vnde non sit discessurus si nihil auocet, vnde cũ profectus est, peregrinari videtur, quò si rediit, peregrinari desierit vt ait *l.ciues* 7.*eod.tit.* apparet indiuiduam illam vitæ societatem quæ per matrimonium contrahitur, pati non posse vt constante matrimonio aliud sit domicilium vxoris quàm quod sit mariti *l.vlt.eod.ill.tit.*

L.cùm quadam 19. D. de iurisd. *L 5.D.hoc tit. De rit. nupt.* *L.cùm in te 6. C. de donat ant. nupt.l.ea quæ desponsa 31. D. ad municip.* *L.pen.§.vlt. eod.tit.* *L.vlt. §.item rescripserunt eod.l. vnic.C.de mulier in quo loco.lib. 10.tit 62.* *L.si in patria 5. C.de incol.& vbi quis domicil.haber. videat.eod. lib.tit.39.* *L ciues 7. eod.tit.* *L.vlt.eod. ill.tit.*

ILLATIO XVIII.

De mulieribus ex maritorum honore erigendis & genere nobilitandis.

DEcimooctauò ex eodem Principio fit, vt mulieres maritorum & honore erigantur, & genere nobilitentur *d.l.vlt.C.de incol.repetita in l. mulieres* 13.C.*de dignit.lib.*12.*tit.*1. Quomodo enim fieri posset vt quæ vna eadémque cum marito persona esse intelligitur, non iisdem & honoribus & priuilegijs gauderet? Addo *& priuilegijs* quoniam ita est vt priuilegia quoque marito concessa quantumuis personalia vxori communicentur, saltem quandiu matrimonium durat *l.medicos* 6.ibi *vnà cum vxoribus C.de profess.& medic.lib.*10.*tit.*52. Nec ad hunc casum pertinet quod dici solet Origini propriæ neminem voluntate sua eximi posse, cùm originis ius sit naturale *l. penult. C. de municip. & originar.lib.*10.*tit.*38. Sensus enim est non posse id fieri sola cuiusquam voluntate: Sed si matrimonium factum sit, licèt non nisi ex mulieris voluntate contrahi possit, aliud est, propter vim & potestatem matrimonij, quę tanta est vt ipsam quoque mulieris personam quodammodo mutet, transformétque in personam mariti. Quod tamen non ita accipiendum est quasi mulier per matrimonium mutet originem, sed ita vt in originis suæ loco non magis contribuere teneatur quàm si originem reuera mutasset, Quamuis dici soleat si eodem tempore duobus in locis aut honores aut onera eidem personæ deferantur potiorem esse originis causam *l.libertus* 17.§.*sed eodem tempore* 4.D.*ad municip.* iuncta *l.municeps* 23.*eod.tit.*

d.l.vlt.C. de incol.l. mulieres 13. C.de dignit. lib.12.tit.1. *l.medicos 6. C.de profess.& medic. li.10.tit. 52.* *L.pen. C.de municip.& origin.lib. 10.tit.38.* *L. libertus 17.§ sed eodem tempore 4.D ad municip.l. municeps 23.eod.tit.*

ILLATIO XIX.

De vidua quæ defuncti quoque mariti domicilium retinet.

DEcimonono ex eodem Principio fit vt non solùm nupta mulier, sed etiam vidua domicilium amissi mariti retineat, exemplo clarissimæ personæ per maritum factæ, inquit Paulus in *l. filij 22. §. 1. eod. tit. Ad municip.* Nam & amissi mariti dignitas per viduam æquè retinetur. An miserationis duntaxat non etiam iuris ratione? Ne misera mulier & amissi mariti, & præterea dignitatis sibi ex matrimonio quæsitæ iacturam & damnum sentiat, Exemplo eius quod de patre dotem profectitiam à genero post filiæ mortem repetente scriptum est in *l. iure succursum 6. D. de iur. dot.* Imò verò ex summa meráque iuris ratione. Nempe quia mortuo quoque marito idem nihilominùs matrimonium durare intelligitur quandiu vidua in eodem statu manet, sicut & defuncta vxore maritus qui nouercam filiis non superinducit, vt Imp. Leo loquitur in *l. vlt. C. de bon. matern.* in ijs verbis *siue in priore matrimonio pater ex quo filios habuit permanere voluerit, siue nouercam filijs superinduxerit.* Planè alijs interuenientibus nuptiis non dubitatur, quin & domicilium & dignitas mulieris ex noui mariti domicilio & dignitate permutetur *d. l. filij §. 1.* Eadem omnino ratione quòd quæ secundo nubit fiat vna eadémque persona cum secundo marito, nec amplius possit vna eadémque persona esse cum primo. Ex iis quæ mox dicemus.

L. filij 22. §. 1. D. eod. tit. ad municip.

L. vlt. C. de bon. mater.

d. l. filij §. 1. L. eum qui duas 18. C. ad leg. Iul. de adult. l. 2. C. de incest. & inutil. nupt. L. 1. in fin. l. quid ergo 13. §. 1. De his qui not. inf. §. adfinitatis & seqq. hoc tit. L. vnic. C. de concub. Nouell. 18. De trient. & semiss. cap. 5. §. consideremus versic. sicut enim. L. item legato 43. §. parui autem De leg. 3. l. cùm tabulis 16. §. quoniam D. de his quæ vt indign. l. donationes 31. D. de donat. l. vlt. in fin. C. commun. de succ.

ILLATIO XX.

De duabus vxoribus aut duobus maritis simul non habendis.

VIcesimò ex eodem Principio fit, vt non possit quis eodem tempore duas vxores habere, nec vna mulier duos maritos *l. eum qui duas 18. C. ad leg. Iul. de adult. l. 2. C. de incest. & inut. nupt.* Immo nec bina sponsalia *l. 1. in fin. l. quid ergo 13. §. 1. D. de his qui not. infam. §. adfinitatis & duob. seqq. infr. hoc tit.* Quomodo enim posset indiuidua vitæ societas inter coniuges si maritus se quodammodo diuideret in duos vt duabus vxoribus satisfaceret, aut vxor in duas mulieres vt duobus maritis eodem tempore? Neque verò idem ille qui dixit *erunt duo in carne vna* de tribus personis locutus est, sed de duabus duntaxat. Adeo autem verum est non posse duos eodem tempore eiusdem mulieris maritos esse, aut duas eiusdem mariti vxores, vt nec possit quis iure ciuili tempore constantis matrimonij habere concubinam, quam alioqui liceret ei habere si in matrimonio non esset *l. vnic. C. de concub.* imò nec duas concubinas etiamsi nullam habeat vxorem *Nouell. 18. De trient. & semiss. cap. 5. §. consideremus, versic. sicut enim.* Nimirum quia vxorem à concubina non tam adfectio quàm honor & dignitas maritalis distinguit *l. item legato 49. §. parui autem de legat. 3. l. cùm tabulis 16. §. quoniam D. de his quæ vt indign. l. donationes 31. D. de donat.* nec proinde alia ratio constitui potest concubinæ quàm vxoris hac parte, saltem vt fauorabilior videri debeat concubina *l. vlt. in fin. C. commun. de success.*

ILL.

ILLATIO XXI.

De reuerentia quæ marito debetur etiam uxori exhibenda.

Vicesimoprimò ex eodem Principio fit vt eadem reuerentia quæ marito debetur, etiam ipsius vxori debeatur, ideóque non liceat liberto in ius vocare vxorem patroni sine permissu prætoris, quia nec patronum ipsum nisi priùs impetrata venia vocare posset *l.1.C.de in ius vocand.*

L.1.C. de in ius vocand. L.2. C. de iniur. l.1.§. item aut per semetipsum & §. vlt.l.eum qui nocentem 18.§. vlt. eod. §. patitur Inst. eod.tit. d.§.patitur d.l.2.& l.4.C.de procurat. d.§.item aut per semetipsum. L.5.§.1.D. de bon.damnat. L.1.C.de repud. L.cùm in fundo 78.§.2.in fin.D. de iur.dot. l.Cicero 39. D.de pœn. L.ea quæ 57.D.de donat.int.vir. l.vxorem 41. de leg.3. l.Titia 19. §.qui Marco De ann.legat.l.vlt. §.1 De aur.& argent.legat. L.assiduis 12.C.qui potior in pign.hab. Iugum nuptiale in l. hac condicio 10.De condic.& demonstr.

ILLATIO XXII.

Iniuriam vxori factam marito quoque factam videri.

Vicesimosecundò ex eodem Principio fit vt si qua iniuria sit facta vxori possit maritus eo nomine agere iniuriarum, tanquam qui in vxoris pudore iniuriam passus esse intelligatur vt ait *l.2.C.de iniur.l.1.§.item aut per semetipsum & §.vlt.l.eum qui nocentem* 18.*§.vl.* D.*eod.§.patitur,Instit eod.* An ergo similiter iniuria marito facta vxori facta esse videbitur? Ita est, Sed non idcirco mulieri dabitur iniuriarum actio pro iniuria vindicanda quæ marito fuit illata, quia vxores à viris non viros ab vxoribus defendi æquum est *d.§.patitur & l.2.eod.l.4.C.de procur.* Obseruandum autem est, quod in *d. §.* item scribit Vlpianus, spectare ad nos iniuriam quæ his fit qui vel potestati nostræ, vel affectui subiecti sunt. Nam eorum appellatione qui potestati nostræ subiecti sunt, intelligit seruos & filiosfamilias: Eorum verò qui affectui nostro subiecti sunt, vxorem & nurum & alias similes personas. Quanquam nec nouum erat vt vxor potestati viri subiiceretur, Scilicet si nubendo in manum viri conuenisset vt alio loco dicemus. Dicitur autem vxor subiecta adfectioni mariti, non etiam maritus adfectioni vxoris. Ádfectio enim magis propriè videtur dici de marito erga vxorem, animus verò de vxore erga maritum *l.5.§.1.* D.*de bon.damnat.* tametsi vxoris quoque adfectionem dixerit Imp.in *d.l.1.C.de repud.* Sanè post diuortium dicitur maritus inimicus vxoris *l.cùm in fundo 78.§.2.in fin.D.de iur.dot.l.Cicero 39.D.de pœn.*

ILLATIO XXIII.

De maritis qui vocant vxores dominas & contrà.

Vicesimotertiò ex eodem Principio fit vt & vxores soleant maritos suos vocare dominos, & illi vicissim vxores dominas *l.ea quæ 57.*D.*de donat. int.vir.& vxor.l.vxorem 41.in princip.* De *legat.3.l.Titia 19. §.qui Marco* De *ann.legat.l.vlt.§.1.De aur.& argent.legat.* Etsi enim, & corpore & substantia & omni mulieris vita maritus fungitur, magis quàm mulier corpore, substantia, & omni vita mariti si Iustiniano credimus in *l. assiduis 12. C. qui potior. in pignor.hab.* verum tamen est quod ait D. Paulus non magis maritum sui iuris esse quàm mulierem, Vt proinde non immeritò hæc illum dominum, ille vicissim hanc dominam debeat appellare. Hinc nuptiale iugum in *l. hac condicio 10.De cond.& dem.*

Panor. lib. 1 c. 76 [illegible]

ILLATIO XXIV.

De prohibitis inter coniuges donationibus, & de eiusmodi prohibitionis ratione.

VIcesimoquartò ex eodem Principio fieri voluit Plutarchus in quæstionibus De romanis rebus, vt donationes moribus prohibitæ sint inter virum & vxorem. Quasi ea communio & societas vitæ quæ per iustas nuptias inducitur non patiatur aliquid alterum alteri donare ne hoc ipso videretur donator cæterorum omnium communionem donatario denegare. Sed non tam placet hæc ratio quàm quæ à Iureconsultis afferuntur in *l.1.2.& 3.D. ill. tit. De donat.int.vir.& vxor.* Nam proculdubio hæc societas vitæ inter coniuges non inducit communionem bonorum. Vnde est quod nec vxor pro mariti debito conueniri potest nec maritus pro debito vxoris *l.1.& tot.tit.C.ne vxor pro marit.* Item quòd nec vxor viro, nec vir vxori succedit nisi post cognatos omnes *l.vnic.C.vnde vir.& vxor.* Vide Halicarn.*lib.2.*& Iac.Cuiac.*lib.3.obser.cap.12.*

L.1.2.& 3. D.de donat. int. vir. & vxor. Tit.C.ne vxor pro marit. L.vnic.C. vnde vir & vxor.

ILLATIO XXV.

De adulterio.

VIcesimoquintò ex eodem Principio fit vt quotiescunque ab vxore vel à marito alia caro aut potiùs aliena miscetur adulterium committi dicatur: quòd ea commixtio fieri nequeat nisi disiunctis quoquomodo duabus illis personis ex quarum coniunctione matrimonium æstimabatur vt ait Tertyllianus in *lib.De monogamia.* Quod si ita est non minùs adulterium committere dicendus erit maritus quàm vxor. Sed quamuis iure diuino ita esse non ambigatur, iure tamen ciuili aliud est. Nam cùm adulterium ex eo dictum sit quod ad alterius torum accedatur, vt Festus *lib. 1. tradit*, torus autem solius mariti sit non etiam mulieris, sicut & solius mariti, non item mulieris domus matrimonij domicilium est *d.l.mulierem 5.D.de rit.nupt.d.l.cùm in te 6. C. de donat.ant.nupt.* Consequens fit vt adulterium committere dici non possit maritus respectu suæ vxoris, hoc est dummodo rem habeat, cum soluta. Nam si se cum nupta misceat adulterium vtique committit respectu eius nimirum mariti ad cuius torum accedit. Indéque est quod nec maritum de adulterio accusare vxor potest *l.1.C.ad leg.Iul.de adult.* Nec magis nouo iure quàm vetere si ponas maritum se cum virgine aliqua vel vidua coniunxisse. Nam si cum nupta putant quidam posse mulierem admitti ad accusationem ex *Nouell.* 134. Sed non video quonam eius Nouellæ loco & capite id probari possit. Huc pertinet vox illa D.Hieronymi de adulterio tractantis, *Aliud Christus*, inquit, *aliud Papinianus.* Illud sanè constat, iudicem adulterij ante oculos habere debere ac inquirere an maritus pudicè viuens mulieri quoque bonos mores colendi autor fuerit, Periniquum enim videtur esse vt pudicitiam vir ab vxore exigat, quam ipse non exhibeat, vt eleganter ratiocinatur Vlpianus in *l. si vxor 13.§.iudex D.ad leg.Iul.de adult.* vbi tamen subiungit, hanc rem facere tantum posse vt maritum quoque damnari oporteat, non etiam delictum inter vtrosque coniuges communicare ad inducendam postea mutui criminis compensationem. Scilicet quantum ad pœnam publicam. Alioqui si citra adulterij accusationem quæ ex publico iudicio fit, vir & vxor mores inuicem accusent secutúmque

Tertyll.in libr.De monogam.

L.mulierem 5.D.de rit. nupt. l.cùm in te 6.C.de donat.ant. nupt. L.1.C.ad leg.Iul.de adult. Nouell. 134.

Aliud Christus, aliud Papinianus

L.si vxor 13. § iudex D. ad leg. Iul. de adult.

cutúmque

cutúmque sit diuortium, placet causam repudij vtrumque dedisse videri, & id ita accipiendum esse vt ea lege quam vterque contempserit neuter vindicetur, pariáque delicta mutua compensatione dissoluantur, vt *Papin. tractat. in l. viro 39. D. solut. matrim.* Planè inter adulterium & stuprum differentia hæc tradi solet, quod stuprum in virginem vel viduam committitur, Adulterium verò non nisi in nuptam; vnde adulter ille dicitur qui alienam matremfamilias corrumpit *l. fugitiuus 225. De verb. signific.* Sed tamen his verbis adulterij & stupri promiscuè vsam fuisse legem Iuliam de adulterijs testatur Modestinus in *l. inter stuprum 101. eod. tit.* post Papinianum in *l. inter liberas 6. §. 1. D. ad leg. Iul. de adult.* quàmuis idem Modestinus hæc ipsa verba eo quem diximus sensu distinguat in *l. stuprum 34. eod.* Cùm verò adulterium nihil aliud sit quàm violatio matrimonij, consentaneum est vt non nisi inter liberas personas de adulterio tractari possit, sicut nec nisi inter liberas personas matrimonium est *d. l. inter liberas in princip.* Quòd si adulterij nomen compositum velis non ex eo quod ad alterius torum accedatur vt ex Festo diximus, sed ex eo quod partus ex altero conceptus sit, vt vult Papin. in *d. l. inter liberas §. 1.* illud vtique omnino fatendum est quod inde Papinianus ibidem infert, Non nisi in nuptam adulterium committi, Quamquã & ex alia Etymologia idem cõsequetur quã Festus probat, cùm videri non possit ad alienum torum accedere is qui ad virginem vel viduam accedit. Nos verò Festi magis quàm Papiniani sententiam probamus. Constat enim adulterium fieri statim atque ad alterius torum acceditur, licèt nullus ex ea coniunctione illicita partus concipiatur.

L. viro 39. D. solut. matr.

L. fugitiuus 225. De ver. signific.

L. inter stuprum 101. eod. tit.

L. inter liberas 6. §. 1. D. ad leg. Iul. de adult.

L. stuprum 34. eod.

Vnde ductum sit nomen adulterij ex Festo & Papiniano.

PRINCIPIVM IIII.

De exigendo consensu illorum in quorum potestate sunt ij qui nuptias contrahunt.

NVptiæ consistere non possunt nisi consentiant omnes tam qui coeunt quàm ij in quorum sunt potestate l. 2. D. de rit. nupt.* Nam cùm ex coniunctione illa quam per matrimonium induci proximè diximus fiat vna domus, vna familia, vna persona, & in alterius potestate nemo sit nisi qui sit in eiusdem familia vnde & filiusfamilias appellatur *l. in suis 11. D. de liber. & posthum.* nemo vtique dixerit filiofamilias permittendum esse vt ignorante vel inuito patrefamilias nouam personam in familiam patris inducat, Ideo namque paterfamilias appellatur, quòd in domo & familia solus dominium habeat *l. pronunciatio 195. §. familiæ 2. De verb. signific.* & consequenter quod quæcumque in familia geruntur, aut ad familiam quoquomodo pertinentia ipsius tantùm voluntate ac imperio expediri sit necesse. Hinc est quod Donatus in Terentij Phormionem notat, Patremfamilias eum esse qui debeat propriè dici vxorem ducere. Filium enim familias non tam vxorem ducere, quàm à patre suo accipere, quippe cùm patri committeretur puella in huiusmodi condicionibus potiùs quàm filio marito. Quod si de filiæfamilias nuptijs agatur ea quidem ratio locum non habebit, quia in familiam meam non transit is qui filiam vxorem ducit, Sed tamen ius patriæ potestatis non patitur vt filiæ magis

L. 2. D. hoc tit. De rit. nupt.

L. in suis 11. De liber. & posthum.

quàm filio licere debeat nuptias contrahere sine patris consensu, Vel ob hoc ipsum ne alioqui ius sit patri filiæ à marito abducendæ, turbandíque matrimonij cui numquam ipse consensisset, Cur enim cuiquam permittatur filiam meam inuito me aut ignorante à domo mea abducere in suam? Raptus hic esset non matrimonium nec ratio vlla esset propter quam mihi saltem permitti non deberet hoc casu patriam potestatem pro arbitrio, & quantumuis acerbè in filiam exercere, quod tamen facere non possem si filiæ meæ nuptiis semel consensissem *l. 1. §. vlt.* D. *de liber. exhib.* Hoc tamen totum ad ius ciuile referendum est. Nam iure pontificio aliud obtinet, nimirum vt non eo minùs consistant nuptiæ cum filiofamilias contractæ quod patris consensus non interuenerit quasi qui ex ritu & honestate magis quàm ex necessitate exigatur 27. *quæst.* 5. *can sufficiat. cap.* 6. *Extr.* De *raptor. cap.* 23. *Extr. de sponsal.* Et quamuis plerique contrariam sententiam magis probauerint, tanquàm rationi naturali conuenientiorem, nullus tamen hodie locus quæstioni superest post sacrosanctam Synodum Tridentinam, quæ huiusmodi matrimonia per filiosfamilias sine parentum consensu inita, non solùm rata, sed etiam legitima iusta sanctáque esse constituit, dum ne aliud quicquam desit ex iis omnibus quæ ad implendam matrimonii sollennitatem ex eiusdem Synodi autoritate requiruntur. Ac sanè errant egregiè, qui ex iure naturali factum putant vt patris consensus in filiifam. nuptiis iure ciuili exigitur. Mera enim ciuilis ratio fuit quæ id induxit pendens ex iure patriæ potestatis quæ tota est propria ciuium romanorum, vt diximus ad *tit. De patr. potest.* Indéque nimirum fit, vt quamuis non minor matri quàm patri obseruantia & pietas à filio debeatur *l. furiosæ* 4. D. *de curat. furios.* matris tamen consensus in filijfamilias nuptiis necessarius non sit, sicut nec in filiafamilias nuptui collocanda *l. in coniunctione* 20. *C. de nupt.* Nempe quia fœminæ non habent liberos in potestate *l. illud* 4. §. *ad testamenta D. de bonor. poss. contr. tabul.* §. *cæteri infr.* De *hered. qualit. & differ.* Quæ ratio etiam facit vt nec prohibeatur emancipatus vxorem ducere sine consensu patris *l. filius* 25. *De rit. nupt. l.* 3. §. *si emancipatus De bonor. poss contr. tabul.* quia per emancipationem patria potestas dissoluitur, & exit filius de familia patris vt propriam suam constituat *d.* §. *familiæ vers. idémque eueniet.* Neque putandum est ideo permitti emancipato vt sine patris voluntate vxorem sibi quærat, quod pater iam tùm ab eo tempore quo ipsum emancipauit futuris eius nuptiis consensum saltem tacitum accommodasse videatur. Nisi fortè accommodasse videndus est hoc ipso quòd fecit, ne illum amplius exigere filius cogeretur. Alioqui dicendum esset etiamsi vxorem ignominiosam filius emancipatus duxisset, quæ tam patri quàm filio esset, dedecori non ideo tamen futurum in patris potestate vt filium ex ea causa exheredaret, quod tamen eum facere posse scribit Vlpian. in *d.* §. *si emancipatus.* Non alia de causa quàm quòd filius eas nuptias à se ex patris voluntate siue expressa, siue tacita factas esse dicere nullomodo posset, Quod significant illa Vlpiani verba generalia & præcisa *vxore non ex voluntate patris ducta.* Nec obstat quod huius tituli initio Iustinianus scribit & ciuilem & naturalem rationem suadere vt patris iussus præcedere debeat. Sensus enim est ciuilem rationem quæ id induxit, patriæ scilicet potestatis, non abhorrere à ratione naturali. Ideóque nimirum de ciuili ratione loquitur Iustinianus

Differentia iuris ciuilis & Pontificij.

L. in coniunctione 20. C. de nupt.

l. filius 25. D. eod. l. 3. §. si emancipatus De contr. tabul.

priusquàm

priusquàm de naturali cùm tamen naturæ ordo alioqui postularet vt naturalis ratio præponeretur, sed & longè aliud est fieri quid ex ratione naturali, aliud verò fieri ex iure naturali, Estque hoc accommodatissimum exemplum eius quod diximus ad *tit. De iur. natur. gent. & ciuil.* non omnem rationem naturalem posse sufficere ad constituendum ius naturale. Fateor ex ratione naturali esse, vt in liberorum nuptiis consensum patris interuenire oporteat. Sed nego esse id ex iure naturali.

ILLATIO I.

De filiofamilias, qui duxit vxorem cogente patre.

EX hoc Principio illud primùm fit vt quamuis filiusfamilias iubente patre vxorem ducere cogi non possit *l. non cogitur* 21. *D. de rit. nupt.* quia nuptiæ cùm æstimentur ex consensu contrahi ab eo qui consentire non vult minimè possunt, nec magis permittendum est patri vt inuito filio vxorem adiiciat, quàm filio vt in patris inuiti familiam inducat vxorem, Si tamen cogente patre filius ducat vxorem quam non duceret si sui iuris esset, non eo minùs matrimonium contraxisse intelligatur, quod inter inuitos non contrahitur, quia maluisse hoc videtur, Inquit eleganter Celsus in *l. si patre cogente* 22. *eod. tit.* An quia, vt vulgo creditur, coacta quoque voluntas sit voluntas? Minimè. Id enim si ita esset, sequeretur perinde valiturum matrimonium quod cogente patre contraxisset filius qui nullam vxorem ducere voluisset, quod tamen pugnat apertè cum *dict. l. non cogitur.* Sed quia cùm filiusfamilias vxorem quidem ducere vult, sed eam quæ non placeat patri, aliam duci volenti & impetranti multò iustius est patris quàm filij voluntatem spectari, Ne alioquin patri fiat iniuria si in familiam suam cogatur inuitus eam admittere fœminam quam habere nolit. At filius non de alio quàm de seipso potest conqueri cur omnimodo velit ducere vxorem, cùm neque hanc quam ipsi inuito dare pater vult, esset habiturus si nullam habere mallet. Accedit ergo ipsius quoque voluntas in hac etiam ducenda, quia mauult hanc ducere, quàm, quod facere posset, nullam. Idque est quod lex ait *maluisse hoc videtur.* Quæ verba pessimè vulgo explicant qui sic intelligunt, vt videatur hic filius maluisse talem vxorem ducere cogente patre quàm iubenti patri non parêre. Potiùs enim faceret ea ratio vt filij miserendum esset eique succurrendum, quàm imputandum cur patri paruisset. Vnum ergo illud ei posse imputari vult Iureconsultus, cur maluerit hanc ducere, cùm posset & patri & sibi satisfacere, saltem patris coactionem & imperium negligere si nullam ducere maluisset. Et hanc nouam interpretationem nostram iuuat mirificè harum legum coniunctio, quæ & vtriusque interpretationem coniungendam esse demonstrat. Iunge *l. nec filium* 12. *C. de nupt.*

L. si patre cogente 22. D. hoc tit.

ILLATIO II.

De consensu filij exigendo in nuptijs nepotis. Et quid in nuptijs neptis.

SEcundò ex eodem Principio fit quod Paulus scribit in *l. oratione* 16. §. 1. *D. de rit. nupt.* Nepote vxorem ducente filium quoque consentire debere,

L. oratione 16. §. 1. D. hoc tit. de rit. nupt.

Neptis verò si nubat voluntatem & autoritatem aui sufficere. Nam quod ad priorem propositionem pertinet, quamuis nepos ex filio adhuc viuo non magis sit in patris sui potestate quàm si defunctus pater esset, quia filius in patris sui potestate constitutus alium habere in sua non potest *l. sic eueniet* 21. *D. ad leg. Iul. de adult.* tamen recidere aliquando potest in potestatem patris, moriente scilicet auo *§.1. infr. quib. mod. ius patr. potest. soluit.* neque habetur hæc interpretatio pro ominosa cùm ex ipsius aui voto illud sit vt credi debeat ante filium suum moriturus *l. cùm tale* 72. De *condict. & demonstr.* Mirum igitur non est filij quoque voluntatem & consensum exigi in nuptiis nepotis, Ne si quandoque mortuo auo recidet nepos in filij potestatem habiturus sit inuitus nurum in familia sua, & cuius tunc paterfamilias reperietur. Posterioris verò propositionis ratio illa est non quod neptis moriente auo minùs recasura sit in patris sui potestatem quàm nepos, sed quia nubendo illa non adsciscit mariti personam in aui familiam futuram aliquando familiam patris, immò è contrario transit in familiam mariti si nubat per conuentionem in manum sin minùs remanet quidem in familia & potestate patris, sed tamen tanto minus oneri est futura patri cùm ex die matrimonij incipiat esse ad onus mariti *l. si is qui* 56. *§. ibi dos l. quamuis* 75. *in fin. D. de iur. dot. l. actione* 65. *§. vlt. D. pro socio l. penult. D. de agnosc. liber.* Itaque non tam de hoc mirandum est quod dicimus nubente nepte non esse necessarium consensum patris, quàm de illo Cur ipsius aui voluntas exquirenda sit, cùm eius condicio per nuptias neptis filiæve deterior nón fiat. Sed facile est videre, immo verò interesse aui ne inuitò se aut ignorante neptis nubat quam in familia & potestate sua habet, propter easdem rationes quas in persona filiæ attulimus in Principij explicatione: Porrò cùm tota ratio exigendj consensus aui pendeat ex iure potestatis, pater autem non habeat filiam in potestate viuo auo in cuius ipse sit potestate vt diximus, apparet nullam esse rationem propter quam nubente nepte, necesse sit consensum patris accedere ad consensum aui: meritóque aliam hac parte constitui causam neptis, aliam nepotis. Nec valde dissimile est quod Iustin. scribit in *§. sed si quis infr. De adopt.* Si quis nepotis loco adoptet vel quasi ex filio, quem habet iam adoptatum vel quasi ex illo quem naturalem in sua potestate retinet, eo casu & filium consentire debere ne illi inuito suus heres adgnascatur, Sed ex contrario si auus ex filio nepotem det in adoptionem non esse necesse filium consentire. Apparet autem ex ijs quæ de nepote diximus intelligere nos de nepte ex filio non ex filia, & quidem ex filio in potestate retento, quia nepotis ex filia nati longè alia condicio est, cùm ille in patris sui non in aui materni potestate sit *dict. l. penultim. D. de liber. agnosc.* Quò etiam pertinet quod Paulus scribit in *l. De rit. nuptiar.* vt dicemus *illat.* 4.

Cur adhibenda sit autoritas, & consensus aui paterni in nuptijs neptis non etiam patris.

§. sed si quis De adopt.

L. pen. D. de liber. agnosc. l. 3. D. hoc tit.

ILLATIO III.

De nepote vxorem ducente in vita furentis aui, vel patris.

L. si nepos 9. D. eod.

Tertiò ex eodem Principio fit quod Vlpianus ait in *l. si nepos 9. eod. tit. De rit. nupt.* Si nepos vxorem velit ducere auo furente omnimodo patris voluntatem esse necessariam, quæ scilicet etiamsi auus saperet necessaria esset

propter

propter eã rationem,quam attulimus proxima illatione.Sed si pater furit,auus sapiat, sufficere aui voluntatem,non quòd eo casu non esset necessaria etiam voluntas patris si saperet *dicta lege oratione* 16.*§.*1.*eod.*sed quia cùm non possit consentire filius ille idémque pater, ob furorem qui efficit, vt nec sentire quidem videatur *l.si tibi* 8.*§.pen.De opt.lega.*frustra consensus ipsius requireretur nisi fortasse ad nuptias impediendas,quas tamen impediri non posse interest nõ solùm nepotis,sed etiam reipublicæ.Neque verò solet lex vnquam requirere consensum illius qui vel per ętatē, vel per valetudinē ,vel per absentiã aliáve,qua de causa impediatur ne cõsentire vel dissentire possit *l.vl.§.vbi autē C.de bon.quæ liber.l.in bello* 12.*§.medio tēpore D.de captiu.& postlim.*Quare & in proposita specie si poneres & patrem furere & auũ,proculdubio neutrius voluntas ad contrahendas nepotis nuptias exigeretur,præsertim post Iustiniani constitutionem in *l.si furiosi* 25.*C.de nupt.* quæ omnem iuris veteris hac de re dubitationem sustulit, & differentiam quæ inter dementis & furiosi liberos, itémque inter filium & filiam esse videbatur.Nã & qui per dementiã cõtradicere non potest,consentire potiùs credendus est *l.*2.*§.vlt.*D.*solut.matr.* id est cõsensurus potiùs quàm dissensurus esse si aut hoc,aut illud facere posset.Ergo inter patrem & auum differentia hac parte nulla est, cùm non minùs sit necessaria vnius quàm alterius voluntas si vterque sapiat,& rursum alterutro furēte alterius,qui sapit,cõsensus sufficiat,(id enim vtriq; casui cõmune est,vt siue pater solus,siue auus solus furiat,alterutrius quinõ furiat satis sit interuenire volũtatē)Ac proinde quod Vlpianus ita scribit,*Sed si pater &c.*licèt aliquã iuris diuersitatem continere ac præseferre videatur,reuera tamen facti duntaxat, nõ etiam iuris dissimilitudinem continet,acsi apertiùs scriptum esset *si nepos vxorem velit ducere auo furente patris voluntas sufficiet.Item si pater furit,auus sapiat sufficit aui voluntas.* Quis enim dubitare possit quin necessaria sit autoritas patris eo casu quo auus furiat,pater sapiat,cùm etiãsi auus saperet, perinde tamen autoritatem patris interuenire oporteret? Nisi fortè autoritatem distinguere volumus à voluntate,Quasi vtroque parente,hoc est,tam auo quàm patre consentiente interueniat voluntas quidem vtriusque,sed quæ tamen in solius aui persona sit dicenda autoritas,quandoquidem solus auus est, qui nepotē habet in potestate.Quo respectu possunt emphasim habere verba illa *omnimodo patris autoritas erit necessaria* , vt eo casu quo auus furiat qui propterea præstare autoritatem non possit,necessaria sit autoritas patris cuius alioqui nuda voluntas sufficeret.Ipso autem patre furente si auus sapiat, sufficiat aui voluntas quippe quæ semper & omni casu quo interponitur pro autoritate est. Potest tamen inter patrem & auum alia esse differentia , Nempe si de nepte ex filio agatur non de nepote. Nam cùm verum sit, quod superiore illatione diximus si neptis nubat voluntatem aui sufficere ex *d. l.oratione §.*1. consequens est vt quamuis auus furiat in cuius solius illa est potestate, non idcirco adhibenda necessariò sit autoritas patris , quia furor aui sicut non priuat auum patria auitáque potestate , ita nec patri quicquam iuris acquirit, propter quod magis necessaria videri debeat, siue voluntas, siue autoritas patris,quàm si auus suæ mentis esset.

L.vlt.§. vbi autem C.de bon.quæ lib. l.in bello 12. *§.medio tempore D. de capt. & postlim.*

l. si furiosi 25.*C. hoc ti.*

Distinguenda est autoritas à voluntate & consensu.

Quid si de nepte ex filio agatur non de nepote.

ILLATIO IV.

De nuptiis inter nepotem ex vno filio & neptem ex altero.

QVartò ex eodem Principio fit vt si nepotem ex filio & neptem ex altero filio in potestate habeam, nuptiæ inter eos me solo autore contrahi possint, vt ex Pomponij sententia Paulus scribit in *l.3.eod.titu. De rit.nupt.* Nam cùm nepte nubente non sit necessaria voluntas & autoritas patris, consequens est vt aui sufficiat propter eas rationes quas attulimus, & explicauimus *illat.2.supr.* Sed hoc tamen ita est accipiendum, Si præmortuus sit filius ex quo habeo nepotem qui meam ex altero filio neptem ducturus sit, Alioqui si filius meus, idémque pater nepotis viuat, certum est consentire illum debere *dicta lege oratione 16.§.1.eod.titu. De rit.nupt.* Nisi ponas filium quidem viuere sed emancipatum fuisse, solo nepote in familia retento, tunc enim voluntas patris necessaria non est, in cuius scilicet potestatem non sit ille recasurus auo moriente. Videtur autem Paulus hunc vtrumque casum significasse cùm de nepte loquens ita scripsit *& neptem ex altero filio in potestate.* Expressit enim alterum filium ex quo neptis erat fuisse in potestate, vt intelligeremus è diuerso ponendum esse alium filium ex quo erat nepos in potestate non fuisse; à qua porrò eximi non potuerat nisi vel per mortem suam, vel per emancipationem, cùm auus superstes proponeretur. Itaque verba illa *in potestate* sic sunt construenda, vt determinent præcedentem dictionem *filio*, non sequentem *habeam*, debéntque virgula constringi, vt ambiguitas omnis tollatur.

L.3. D. hoc tit.

L. oratione 16.§.1.eod.

ILLATIO V.

De nuptiis contrahendis per filium eius qui captus sit ab hostibus.

QVintò ex eodem Principio fit vt is cuius pater ab hostibus captus est nō priùs vxorē ducere possit quàm per trieniū expectauerit an pater ab hostib' reuertatur, vt ex Vl. scriptū est in *d.l.si nepos 9.§.1.eo.ti. De ri.nupt.* Idémq; obseruari placuit si pater ita absit vt ignoretur vbi sit & an sit, vt in *l.seq.* subiicitur ex Paulo, hoc addito quod si triennium effluxerit postquàm apertissimè fuerit pater ignotus vbi degit & an superstes sit, non prohibentur liberi eius vtriusque sexus matrimonium, vel nuptias legitimas contrahere. Visum enim est posse in eam rem sufficere triennium, quod & expectando sponso qui absit pręstitutum est in *l.2.C.de repud.* cùm si præsens sponsus esset, nuptiásque cōtrahere supersederet, non vltra biennium sponsa sponsum expectare cogeretur *l.2.C.de sponsal.* Mihi tamen hac in re dubitationem aliquam facit quod video captiuum ęquiparari mortuo tùm etiā cùm agitur de matrimonio libertæ cum patrono, nec eos qui putarunt patrono ab hostibus capto posse libertam alij nubere, hanc tamen distinctionē adhibuisse an per biennium aut triēnium mariti reditum expectasset, necne: quę tamen distinctio eo maximè casu si quo vnquam alio admitti debebat propter reuerentiam patroni *l.in eo iure 45.§.vlt.D.de rit.nupt.* Me illud etiā mouet quod video Tryphoninum in *l.in bello*

d.l. si nepos §.1.

L.2.C.de repud.

L.2. C.de sponsal.

L. in eo iure 45.§.vlt.D. hoc tit.

bello 12. §. medio tempore De capt. & postlim. non dubitare quin filius quē in potestate habuit pater captiuu, vxorem medio tempore possit ducere, nulla prorsus facta triennij mentione. Sed & ratione illa reddita quæ suadeat expectari triennium, aut aliud tempus non esse necesse, iis nimirum verbis *quamuis consentire nuptiis eius pater non possit*, *Nam vtique*, inquit, *nec dissentire*. Sensus est nihil esse quod impedire debeat ne captiui filius vxorem interim ducere possit, nisi quòd ante omnia exigere debeat consensum patris, qui tamen quandiu apud hostes est, cùm nullus sit & pro mortuo habendus nullomodo consentire potest, Sed nō debere id filio nocere, quia nec dissentire pater possit. Quasi dicat eo demū casu consensum patris in filij nuptiis exigēdū esse, quo posset pater si vellet dissentire. Frustra enim sit requirere an consentiat ille qui nec dissentire posset, nec dissentire velle. Qua de causa illud quoque receptum & constitutum esse videmus vt siue dementis, siue furiosi parentis liberi cuiuscunque sexus nuptias contrahere possint sine patris consensu & consequenter dotem constituere, vel ante nuptias donare dummodò adhibito iudice, & curatore cum aliquo ex nobilioribus de genere, vt loquitur Iustin. in *l. si furiosi 25. C. de nupt.* Vnde sumpta est *l. tam dementis 28. C. de episc. audient.* Cui non omnino dissimile est quod ait *l. vlt. D. de bon. pos.* quoties is cui bonorum possessio ab alio postulata est furere postea cœperit magis esse, vt hoc ipso ratū habuisse videatur. Sed illud multò magis quod Diuus Pius rescripsit si heres institutus filiusfam. qui patrem furiosum habet, hereditatem adierit perinde habendum esse, acsi paterfamilias factus adiisset, adeóque seruos hereditarios manumittere illum posse, quamuis non ex iuris ratione, sed ex beneuolētia sua Imp. ita rescripserit vt Marcian. refert in *l. cùm heres 52. D. de acq. hered.* Ac quoniam obiici poterat ita futurum, vt susceptus nepos sit in reuersi captiui potestate, suúsque heres ei quodammodo inuito, cùm nuptiis non consenserit, Respondet Tryphoninus hoc mirum, id est absurdum videri non debere, *quia*, inquit, *illius temporis condicio necessitásque faciebat, & publica nuptiarum vtilitas exigebat.* Quæ ratio præsertim ex qua parte nititur publica nuptiarum vtilitate, an non ostendit satis nihil causæ esse cur ea contrahendi matrimonij libertas coarctari debeat, cogíque filius aut filia, vt reditum patris per triennium expectet? Ita sanè est, Et verò quid aliud pater hic à liberis suis possit exigere, nisi vti ne patria potestas patrísque autoritas ab iis neglecta videatur? Atqui non negligit eam filius qui ignorans vbi sit pater etiamsi eum consulere maxime velit, tamen non potest. Loquor autem de patre simpliciter absente, quia si ab hostibus captus sit, nihil est quod de patria potestate tractari queat, quippe quæ per captiuitatem amissa sit sicut & cætera omnia ciuitatis pristinæque libertatis iura, quamuis propter fictionem postliminij non tam abrupta penitus & extincta quàm in pendenti esse videantur *§. si ab hostibus infr. quib. mod. ius patr. potest. soluit. l. penult. D. de suis & legit.* Sed etsi ius patrię potestatis cum iure publicæ vtilitatis pugnaret, quomodo pugnat proculdubio quoties eo prætextu nuptiæ impediuntur, quis nescit potiorem vtilitatis publicæ quàm patriæ potestatis causam esse debere? *l. postliminium 19. §. transfuga D. de captiu. & postlim. l. 1. §. & generaliter 15. D. de ventr. in poss. mitt. l. honor 14. §. plebeij D. de mun. & honor.* Ergo cùm nullo alio quàm patriæ potestatis iure fiat, vt patris consensus in liberorum nuptiis exigatur, omnino consequens est,

L. in bello 12. §. medio tempore D. de capt. & postlim.

L. si furiosi 25. C. hoc ti. l. vlt. D. de bon. poss.

l. cùm heres 52. De acq. hered.

§. si ab hostibus Quib. mo. ius patr. potest. soluit. l pen. D. de suis & legi.

vt patris apud hostes captiui voluntas, neque exquirenda sit, neque expectãda. Potéstque sufficere autoritas prætoris, vel præsidis ad decernendum quantum ex bonis patris ab hostibus capti, aut à latronibus oppressi filiæ in dotem dari debeat *l.5.§.sed etsi proponas D.de iur.dot.* vbi hanc quoque dotem profectitiã esse Vlpianus ait quasi vicem patris gerat prætor, vel præses qui pro absente patre dotem constituit. Quod si ita est, fatendum erit exceptionem illam *si nõ intra biennium reuertatur* apud Vlp. in *d. l.si nepos §.1.* non tã Vlpiani esse quàm Triboniani qui æquum putauerit hoc induci temperamentũ, vt patre siue absente, siue ab hostibus capto nuptiæ neque omnino maturarentur, neq; in perpetuũ prohiberẽtur. Alioqui quanã obsecro autoritate prudẽtes potuissent in eã rẽ trienniũ potiùs quàm vel annũ, vel bienniũ, vel quinqueniũ pręfigere? Vtique fatendũ est hoc ex eorũ genere esse quę *iuris constituti* appellãtur, & quorum alia ratio reddi nõ possit quàm quæ sola cõstituẽtis voluntate petatur. Nã & quod diximus de sponso per biennium expectãdo si sit in prouincia, aut per trienniũ si absit, non ex iuris ratione est, sed ex Impp. constitutionibus in *d. l. 2. C. de spons. & d. l. 2. C. de repud.* ex quibus haud dubiè argumentũ & occasionẽ sumpsit Tribonianus triennij in hac quoque specie inducendi. Nã iure vetere nullum in eã rem certum tempus erat præstitutũ, sed ex causa in tempus nunc longius nunc breuius erat sponsus expectandus, vt apparet ex *l. penult. D. de sponsal.* Me illud etiam mouet quod contextus legis *si ita 10.* quæ sequitur in *eod. tit. De rit. nupt.* & Paulo tribuitur totus sapit Tribonianum. Adeo rudis est & inelegans, siue illa quæstionis verba consideres *quid faciendum est merito dubitatur*, Siue quod subiungitur in responsione *postquam apertissimè fuerit pater ignotus vbi degit & an superstes sit* pro eo quod Tribonianus dicere voluit *postquam cœperit esse certum abesse patrem, dubiúmque an sit superstes.* Sed illud multò minùs ferri potest, quod in eadem lege subiicitur *matrimonium vel nuptias contrahere*, quasi sint ista diuersa, quæ tamen constat prorsus eadem esse, nec minùs maritum, quàm mulierem dici contrahere nuptias, quamuis mulier sola non etiam vir nubat, Sicut è diuerso non minùs contrahit matrimonium mulier quàm maritus, licèt mariti non mulieris domus, matrimonij domicilium sit: Sunt enim matrimonij & nuptiarum nomina vtrique sexui communia, quia nec nisi ex vtroque sexu fieri ea coniunctio potest. Idque miror non fuisse obseruatum à clarissimo viro Barnaba Brissonio, *lib. 12. De verb. signific.* in verb. *nuptiæ*, Vbi tamen bene vidit sic solitum loqui Tribonianũ, vt in *§. si aduersus ea hoc tit. & in tit. De patr. potest. & in §. quibus connumerari inst. De hered. quæ ab intest. defer.* Quę me res etiã mouet vt facilè mihi persuadeam nec sibi temperasse Tribonianum quin Iuliani sententiam corrumperet in *l. si filius 11.* quę sequitur *in eod. tit.* Nam & eadem locutio ibi repetita est eo loco *puto rectè matrimonium, vel nuptias contrahi*, & eiusdem triennij mentio fit, cuius expectandi necessitatem veteri iurisprudentiæ incognitam, & à Triboniano primùm inductam fuisse contendimus. Sic enim tanquam ex Iuliano lex habet, Si filius eius qui apud hostes est vel absit ante triennium captiuitatis, vel absentiæ partis, vxorem duxerit, vel si filia nupserit rectè matrimonium, vel nuptias, *dummodò*, inquit, *eam filius ducat vxorem, vel filia tali nubat, cuius condicionem certum sit patrem non repudiaturum.* Quæ tamen exceptio cuiusdam temperamenti loco apposita planè non video qua ratione, aut quo casu locum habere possit. Nam

L.5. §. sed etsi proponas D. de iur. dot.

L. pen. D. de sponsal.
L. si ita 10. D. hoc tit.

L. si filius 11. eod. hoc tit.

Nam eo casu quo patria potestas impedit ne filius sine consensu patris nuptias contrahere queat, certum est non eo minùs nullas & iniustas esse nuptias sine consensu patris contractas, quòd eius condicionis sit vxor, vt eam non fuerit pater repudiaturus. Contrà verò eo casu quo non sit necessaria patris voluntas quid attinet quærere de condicione personæ quam filius in vxorem duxit, aut cui filia nupsit? Quid ergo est? Cùm Iulianus scripsisset vt credibile est filiosfamilias non prohiberi nuptias contrahere, sine autoritate patris si vel absens ille sit, vel captiuus, adiecit primùm Tribonianus de suo clausulam illam *ante triennium captiuitatis, vel absentiæ patris*, vt faceret locum supradicto temperamento, cui videbat non posse locum esse, illo saltem casu quo filius aut filiafamilias absente ac inscio patre, post triennium tamen, nuptias contraxisset, Deinde subiecit exceptionem vt Iuliani sententiam quam omnino delere nō poterat hac adhibito temperamēto commutaret. Quo tamen admisso, consequens fit, vt parum referat an triennium expectetur necne cùm vtroque casu perinde contrahatur, rectè matrimonium. Hac sola differentia quod post trienniū etiam ignominiosam vxorē ducere filius potest, filia verò nubere marito turpi & ignominioso quod ante triennnium non liceret. At quotusquisque est qui cum persona turpi ac ignominiosa nuptias contrahere velit? Ergo à communiter accidentibus etiam hodie verum est & regulariter defendi potest liberos patris captiui aut aliter absentis matrimonium sine ipsius consensu contrahere posse. Nam si replices, Immo non posse si cum persona ignominiosa contrahere velint, ego quidem non repugnabo si me Triboniani magis quàm iuris autoritas moueat: Sed negabo exceptionem quæ sit de re tam improbabili raróque contingente facere debere, quin regula generalis constitui possit, Licere liberis eius qui aut absens sit aut captiuus nuptias contrahere non expectato per triennium integrum patris reditu & consensu. Nam nec nouum est regulam quantumuis veram & generalem aliquo casu vitiari, hoc est aliquam habere exceptionem *l.1.l.omnis definitio De regul.iur.* Cæterùm non video cur de patris reditu per triennium expectando tractare debeamus, si filio qui expectauit non ad aliud prosit expectasse quàm vt ignominiosam vxorem ducere tandem possit; quam alioqui & ante triennium ducere non potuisset. Solétque illud exheredationis potiùs quàm impediendarum nuptiarum materiam præbere, si patre ignorante filius turpem & ignominiosam vxorem ducat *d.l.3.§.si emancipatus* D.*de bonor.poss.contr.tabul.* Videtur autem Tribonianus ad id respexisse, aut potiùs allusisse, quod aliàs dici solet cùm agitur de filiæ consensu quem interuenire necesse est patre dotem repetente. Dicimus enim videri patrem ex voluntate filiæ dotem recepisse, si causam ei contradicendi filia non habuerit *l. dotem* 37. D. *solut. matrimon.* Sed tamen non esse bonam comparationem horum casuum ex eo intelligi facilè potest, quod quamuis pater nullam iustam causam habuerit improbandarum nuptiarum, quas inscio se contrahere filius filiáve voluerit, non eo magis tamen iustæ dici possunt quæ sine voluntate contractæ sunt, Quandoquidem vna illa est ex necessariis nuptiarum sollennitatibus, vt consentire oporteat non minus eos in quorum potestate sunt qui contrahunt nuptias quàm illos ipsos qui coeunt, ne scilicet alioqui ius patriæ potestatis violatum videatur, quod liberis sanctum esse non minùs reipublicæ quàm pa-

L.3. §.si emancipatus De bonor. poss. contr. tab.

L.dotem 37. D.de solut. matr.

trum intereſt. Adeò vt nec ſufficiat in prioribus nuptiis interueniſſe patris voluntatem, ſi de iis ſemel diſſolutis poſtea renouandis tractetur, vt in ſequenti illatione dicemus ex *l. nuptiæ* 18. *D. de rit. nupt.* Illud prætermittendum non eſt in *d. §. medio tempore l. in bello* 12. D. *de captiu. & poſtlim.* de cuius ſententia ſuprà diximus, erratum fuiſſe in illis verbis *ſuſceptus ergo nepos in reuerſi captiui poteſtate vt redierit ſuúſque heres ei quodammodo inuito.* Deeſt enim vt nemo non videt, verbum *erit* quod nec ſuppleri & ſubintelligi commodè poteſt. Itaque debet addi poſt verbũ illud *redierit* nato errore ex eo quod cùm librarius Florentinus eas literas quæ repetendæ eſſent nõ niſi ſemel ſcribere ſoleret, ſed maiuſculis literis vt pro bis ſcriptis & repetitis haberentur, atque ita ſcripſiſſet *rediERIT* pro *redierit, erit* poſteriores librarij ad id non animaduertentes, ſemel tantùm eas quatuor maiuſculas literas ſcribere contenti vltimam dictionem ſine qua nullus erat ſenſus incautè prætermiſerunt, vnde & alios pleroſque, nec diſſimiles, nec minoris momenti errores in libris noſtris natos eſſe iam obſeruauimus in Coniecturis. Quod & ex recentioribus interpretibus pleríque viri magni ante nos fecerunt. Verùm de his iam plus quàm ſatis.

L. nuptiæ 18. D hoc tit. L. in bello 12. §. medio tempore D. de captiu. & poſtlim.

ILLATIO VI.

De nuptiis etiam inter eaſdem perſonas non niſi ex voluntate parentum renouandis.

SExtò ex eodem Principio fit quod Iulianus ſcribit in *l. nuptiæ* 18. *De rit. nupt.* Nuptias inter eaſdem perſonas niſi volentibus parentibus renouatas iuſtas non haberi, Quod & ſcriptum eſt in *l. ſi vt proponis* 7. *C. de nupt.* Nam cùm renouatæ nuptiæ ſint aliæ & ſecundæ prioribus diſſolutis, quid prodeſſe poteſt patris conſenſus qui in primis interuenit, aut quid refert an de primis, an de ſecundis nuptiis agamus, cùm generaliter conſtitutum ſit, non aliter liberos qui in poteſtate ſunt nuptias poſſe contrahere, quàm ſi parentum in quorum poteſtate ſunt adhibeant voluntatem. Nec eſt contrariũ quod dici ſolet renouatis inter eaſdem perſonas nuptiis etiam dotem quæ in prius matrimonium data fuerat renouatam intelligi & in poſterius matrimonium conuerti, quaſi tacitè hoc acto niſi probetur aliud conueniſſe *l. dotem* 30. *D. de iur. dot.* Id enim tunc obtinet, cùm dotis renouatio pendet ex voluntate ſolius mulieris, puta nullum amplius patrem habentis, quam vtique credendũ nõ eſt indotatam redire in matrimonium voluiſſe vt ex Diui Seueri reſcripto Vlpianus tractat in *l. Diuus Seuerus* 40. *eod. tit.* Facilè namque eſt mulieris voluntatem coniicere ex ipſius mulieris facto, quod interuenit cùm vltrò ipſa in matrimonium redit. At aliud eſt ſi filiafamilias eſſe proponatur. Hæc enim non magis dotem quàm nuptias renouare ſine patris conſenſu poteſt *d. l. ſi vt proponis*, cùm vbi matrimonium non eſt ibi nec dos eſſe poſſit *l. 3. D. de iur. do.* Porrò ratio nulla eſt, cur ex facto filiæ ad maritum redeuntis abſente ac inſcio patre, coniiciamus voluntatem & conſenſum patris, cuius perſona alia eſt, & quam ponimus nõ interueniſſe. Præſertim cùm facilè fieri poſſit, vt pater qui primis nuptiis conſenſit, ſecundis tamẽ cum eodem ipſo viro renouandis cõſentire, nec velit nec debeat, odio nimirum diuortij quod inter has & illas nuptias interueniſſe neceſſe eſt, vt de ſecundis agi poſſit. Diuortium ſiquidem

L. nuptiæ 18. D. hoc tit. L. ſi vt proponis 7. C. eod.

L. dotem 30. D. de iur. dot.

L. Diuus Seuerus 40. eod.

facit

facit vt qui maritus fuit inimicus factus esse videatur *l.cum in fundo 78.§.2.in fi. eod.tit.* De iur.dot.*l.Cicero 39.D.de pœn.* nec minùs soceri quondam sui, quàm propriæ vxoris. Est autem perpetuum vt ex consensu aliàs præstito nihil inferri possit, quoties mutatus est rerũ status vt dubitari probabiliter possit an qui aliquando consensit, nunc quoque sit consensurus *l.si cum Cornelius 82. ad fi.l. cum quis 38.in princip.D.de solut.* Nec rursus contrarium est, quod Papinianus respondit in *l.inter socerum 26.§.vlt.D.de pact. dotal.* Patre sibi dotem reddi stipulato sub ea condicione *si filia nupta mortem obiisset* defectáque per diuortiũ secutum condicione stipulationis, si postea renouatæ sint nuptiæ non committi stipulationem, quamuis filia in matrimonio decesserit, quoniam, inquit, ad primas nuptias duntaxat ea stipulatio pertinet. Non enim bona erit consecutio si quis ex eo inferre velit, similiter quod legibus cautum est, Patrũ voluntatem consensúmque in nuptiis liberorum quos in potestate habent interuenire debere, non nisi ad primas nuptias pertinere. In eo namque differt legislator à stipulatore, & consequenter lex à stipulatione, quod legislator & lex semper loquitur, stipulator verò qui vnicam tantùm interposuit stipulationẽ, non nisi semel. Itaque soluto priore matrimonio noua stipulatione opus est cũ stipulatio pro nuptiis primis adhibita extendi ad secundas non possit. At noua lege opus non est, vt patris consensus quem in primis nuptiis interuenire oportuit, interuenire debeat etiam in secundis. Semper enim eadem lex subsistit quæ clamat, In liberorum nuptiis omnibus contrahendis adhibendũ esse consensum parentum qui eos habeant in potestate. Illud verò ex eo Papiniani respõso inferre multò meliùs possis, Patris consensum qui in primis filij filiæue nuptiis interuenerit ad secundas extẽdi nõ posse, ideóq; nouo cõsensu opus esse. Neque hac in re quicquã interesse putandũ est, an inter easdẽ personas nuptię renouentur, an cum alia persona secundę contrahantur, quandoquidem vtroque casu aliæ, ac nouæ nuptię sunt cùm ponamus verum nõ simulatum diuortiũ intercessisse, vt & in *d.§.vlt.l.inter*, alioqui prius matrimoniũ cõtinuatũ nõ renouatũ diceretur *l.quod si nõ diuortiũ 31.D.de iu.do.* Nec enim diuortiũ dici potest quod fuit simulatũ *l.si liberis 26.D.de pact.dotal.* sicut nec pro nuptiis habentur illæ quæ fuerũt simulatę *l.simulata 30.D.de rit.nupt.* Dicũtur autẽ renouatæ nuptiæ, non quasi eędem sint cum prioribus, sed quasi bis nouæ inter easdem personas, etsi fieri etiam potest, vt idem numero matrimoniũ esse videatur, nempe si non multò interposito tempore reconciliati fuerint, nec inter moras, aut illa alij nupserit, aut hic vxorem duxerit, maximè si nec vir dotẽ reddiderit *l.plerique 33.De rit.nupt.* Sed hoc ita nisi alterius & tertiæ personæ puta patris consensum interuenire oporteat. Tunc enim non possunt reconciliari sine consensu patris coniuges, qui verè diuerterunt etiamsi dotem nondũ reddiderit maritus *d.l.si vt proponis 7.C.de nupt.* Planè quod scriptũ est in *d.l. nuptiæ, volentibus parentibus*, non de vtriusq; sexus parentibus intelligendũ est, vt in *l.4.§.parentem* De in ius vocand. sed de vtriusque coniugis parentibus, quorum alius maritum, alius vxorem habeat in sua potestate. Tam enim filiæfamilias quàm filiifamilias pater nuptiis consentire debet.

L. cùm in fundo 78. §.2.in fin.eo. l. Cicero 39. D.de pœn. L.si cùm Cornelius 82.ad fin. l. cùm quis 38. in princip. D. de solut. L.inter socerum 26. §. vlt. D. de pact.dotal.

L.quod si nõ diuortiũ 31. D. de iur. dot.l.si liberis 26. D.de pact.dotal.

ILLATIO VII.

De emancipato filio vxorem ducente sine consensu patris.

SEptimò ex eodem Principio fit vt filius emancipatus etiam sine consensu patris vxorẽ iustã ducere possit susceptúsque ex iis nuptiis filius, & filius &

L. filius emãcipatus 25. D. hoc tit. L. 3. C. de in ius vocand.

heres patri suo sit futurus, vt Modestinus ait in *l. filius emancipatus* 25. *De rit. nupt.* quia licèt emancipatio non dissoluat vinculum pietatis & obseruantiæ quam à natura filius patri debet *l. 3. C. de in ius vocan.* dissoluit tamen ius patriæ potestatis, cuius solius intuitu sic comparatum est, vt sine patris consensu & autoritate iustas nuptias contrahere filius non possit §. *præterea infr. quib. mod. ius patr. potest. soluit.* Vnde etiam est quod in Principij explicatione diximus, non perinde matris ac patris consensum in nuptiis requiri *l. in coniunctione* 20. *C. de nupt.* quia non habent fœminæ liberos in potestate §. *cæteri infr. De here. qualit. & differ. l. mulierem* 5. *C. de adopt.* Filiam tamen quamuis emancipatam dummodo minorem annis 25. absque patris consensu, nec viduam quidem posse secundò nubere placuit Impp. in *l. vidua* 18. *C. de nupt.* De quo dicemus infrà illat. 12.

L. vidua 18. C. hoc tit.

ILLAT. VIII.

De adulta nubente sine curatoris autoritate.

L. sciendum 20. D. hoc tit. l. in copulandis 8. C. eod.

OCtauò ex eodem Principio fit vt adulta curatorem habens nubere pro arbitrio possit, nec curatoris voluntatem & autoritatem exigere cogatur ad iustas nuptias contrahendas, quia curator cùm rebus detur non personę, nõ habet personam minoris in sua potestate quomodo tutor habet, sed officium eius in administratione totum versatur *l. sciendum* 20. *eod. tit.* D. *de rit. nupt. l. in copulandis* 8. *C. de nupt.* iunct. *l. cùm in vna* 17. §. *tutor* D. *de appellat.* Aliud ergo esset in tutore, si nuptiæ non eo tempore contrahi posse inciperent, quo finitur tutela, quia tutor personæ non rebus datur, partémque aliquam habet patriæ potestatis, ex qua scilicet fit vt tutorem dare pater possit, quemadmodum dicemus ad *tit. De tutel.* Planè in constituenda dote curatoris consensum & autoritatem interuenire oportet, quoniam ea res ad patrimonij administrationem, & consequenter ad curatoris officium pertinet *l. quæro* 60. *cum seq. D. de iur. dot. l. 7. De tutor. & cur. dat.* Sed neque in sponsalibus contrahendis necessaria est autoritas curatoris, eadẽ ratione, quòd in sponsalibus quoque contrahẽdis non aliorũ cõsensus exigatur, quàm quorũ in nuptiis exigeretur *l. in sponsalibus* 7. §. 1. *D. de sponsal.* Eadẽ enim hîc ratio est, vt & in aliis ferè omnibus esse solet nuptiarum & sponsaliorum, quandoquidem nihil aliud sunt sponsalia quàm spes nuptiarum futurique matrimonij *l. si puellæ* 6. *eod. l. si vxor* 13. §. *Diui D. ad leg. Iul. de adult.* At è contrario tutoris autoritas in sponsalibus contrahẽdis necessaria est *d. l. si puellæ*, quia, vt diximus, tutor pupillam suam quasi alter pater in potestate habet. Nec obstat quod non sit necessarius tutoris consensus in nuptiis, aliorum autem voluntas necessaria non sit in spõsalibus quàm quorum necessaria esset ad nuptias contrahendas. Nam dixi iam, non posse locum esse quæstioni, An tutoris autoritas necessaria sit in nuptiis pupillæ, quia nec nuptias contrahere pupilla pupillúsve potest, cùm tempus nuptiarum incipiat à pubertate *l. in sponsalibus cõtrahendis* 14. D. *de sponsal.* iunct. *l. 4.* D. *de rit. nupt. & princip. huius tit. De nupt.* quo demum tempore pubertatis incipientis finitur tutela §. 1. *infr. quib. mod. tutel. finit.* Proinde quod tutoris autoritas necessaria non est in nuptiis, non fit ex defectu potestatis & iuris in tutore, sed ex defectu subiecti & materię. Itaque si qua de causa, vel aliquo casu fieri posset, vt nuptię fierent.

L. quæro 60. cũ seq. D. de iur. dot. l. 7. De tutor. & curat. dat.

L. in sponsalibus 7. §. 1. D. de sponsal.

L. si puellæ 6. eo. l. si vxor. 13. §. Diui ad leg. Iul. de adult.

L. in sponsalibus 14. D. de sponsal. iunct. l. 4. D. hoc tit.

fierent in pupillari ætate, nec dubitandum esset quin tutoris autoritatem necessariò adhiberi oporteret.

ILLATIO IX.

De potestate patris ad filijsfamilias sponsalia dissoluenda.

NOnò ex eodem Principio fit, vt filiæ in potestate manentis pater, sponso nuncium remittere possit, & sponsalia dissoluere *l. in potestate* 10. D. *de rit. nupt. l.* 2. *in fin.* D. *de diuort.* Nam cùm patris consensus ille qui fuit necessarius ad sponsalia contrahenda non faciat nuptias, ideóque alio & nouo eiusdem patris consensu opus sit ad contrahendas nuptias, nec rursus cogi pater possit, vt ob consensum à se sponsalibus præstitum, nuptiis quoque consentiat, Apparet in potestate patris esse facere vti ne vnquam nuptiæ sequantur, & consequenter in eius arbitrio esse debere vt sponsalia inuitâ quoque filiâ dissoluat, sicut nec ipsa filia contractis iam sponsalibus, nubere tamen postea cogeretur si nollet, quamuis pater vellet *l. non cogitur* 21. D. *de rit. nupt.* In eóque notandum est plus iuris habere patrem quàm tutorem qui vtique inuita pupilla dissoluere sponsalia quibus semel consenserit non potest *d. l. si puella*. An quia minùs iuris habeat in personam pupillæ quàm haberet pater si viueret? Minimè. Sed quia non quemadmodum pater impedire posset nuptias si voluntatem & autoritatem suam iis accommodare nollet, Ita & tutor impedire potest ne ex contractis se volente sponsalibus nuptiæ quandoque sequantur, cùm eo tempore quo de nuptiis quæri poterit id est post finitos pupillares annos nihil ille iuris habiturus sit in personam eius cuius nunc tutor est. Proinde nulla ratio est, propter quam ei licere debeat dissoluere sponsalia quorum effectum prohibere non possit, aut vt Vlpiani verbis vtar dissoluere spem nuptiarum quibus nec consentire possit nec dissentire. Quod in patre, vt diximus diuersum est, qui si nuptiis consentire nolit, hoc ipso impedit ne sequi possint. Vt proinde futurum sit sine effectu, si sponsalia dissoluere inuita filia, prohibeatur, cùm non eo magis futurum sit vt ex iis sponsalibus nuptiæ sequantur, Illud certè constat non posse filiam ipsam dissoluere sponsalia sine tutoris autoritate, sicuti nec ea contrahere sine tutore potest, quia in iis omnibus quæ durante pupillari ætate fiunt, id est durante tutela, nihil omnino facere potest impubes sine tutore, ex iis scilicet rebus in quibus ius versatur, & quę sine iudicio animi & consilio expediri non possunt. Denique tantundem iuris habet tutor quandiu tutor est, quantum habet pater ipse dum viuit, Vtpote qui in iis omnibus quæ ad pupilli commodum & vtilitatem pertinent successor sit patris in iure patriæ potestatis.

L. in potestate 10. D. hoc tit. l. 2. in fi. D. de diuor.

L. non cogitur 21. D. hoc tit. d. l. si puella 6. D. de spōsal.

Ratio differentia inter patrem & tutorem in dissoluendis puellæ sponsalibus.

ILLATIO X.

De patre consentiente filij nuptijs ex interuallo.

DEcimò ex eodem Principio fit vt si nuptiis filij aut filiæfamilias pater ab initio non consenserit, quamuis postea consentiat, non ideò tamen conualescant adeò nuptiæ, vt ex quo die contractæ sunt valuisse existimentur, sed hactenus duntaxat vt ex die consensus à patre præstiti nuptiæ factæ intelligantur *l. dotis promissio* 68. *D. de iur. dot.* vbi Papin. ait promissionem dotis non

L. dotis promissio 68. D. de iur. dot.

ideo minùs valere quod ignorante initio patre nuptiæ non fuerint si posteà consenserit, cùm omnis dotis promissio tacitam futuri matrimonij condicionem accipiat. Quemadmodum inquit, & si minor annis duodecim deducta sit in domum viri tanquam maior, tunc primùm dos petetur, cùm puella maior annis apud maritum esse cœperit, quippe quæ tunc demum incipiat esse vxor *l. minorem* 4. *D. de rit. nupt.* Nec est contrarium, immo consentaneum quod Iustinianus in *princip. huius tit.* scribit, In tantum esse necessariũ iussum patris in nuptiis liberorum quos in potestate habet vt eum præcedere sit necesse. Satisfit enim huic sollennitati hoc ipso quod dicimus nuptias ab initio sine eiusmodi consensu iussúque contractas non priùs incipere esse nuptias, quàm consensus ille interuenerit, ita vt consensus ille patris ad diem consensus à filio aut à filia præstiti minimè retrotrahatur. Proinde si qui medio tempore ex ea coniunctione nati sint liberi, neque liberi, neque heredes erunt patri suo, quia nec patrem habere videntur, cùm pater solus ille sit quem nuptiæ demonstrant vt diximus *Princip.* 2. Quod tamen ait Iustinianus iussum patris præcedere debere, minùs propriè dictum videri debet. Certum enim est qualemcunque patris consensum sufficere, id est etiam tacitum qui ex eo colligatur quod pater nuptiis quas contrahi sciuit, non contradixerit *l. si vt proponis pater* 5. *C. de nupt. d. l.* 7. §. 1. *D. de sponsal.* sicut & obseruari solet cùm ex patris voluntate filius decurio creatus esse dicitur *l.* 2. *D. ad municip. l. honores* 7. *in fin. D. de decur.* quemadmodum vicissim filius aut filiafamilias patri consentire intelligitur si eius voluntati non repugnet, quamuis non minùs filij aut filiæ consensus necessarius sit, quàm patris *l. sponsalia* 11. *cum seq. eod. tit.* Iussum ergo dixit hic Iustinianus ad excludendam duntaxat ratihabitionem quæ iussui & mandato æquiparari solet *l. vero* 12. *in fin. D. de solut. l. vlt. C. ad SC. Maced.* & quæ nonnullis casibus sufficit in iis etiam quæ filius sine consensu patris facere non potest, Vt puta si agatur de agnoscenda bonorum possessione quamuis non item si agatur de adeunda hereditate *l. qui in aliena* 6. *l. si quis mihi bona* 25. §. *iussum D. de acquir. hered. l.* 3. §. *adquirere l. vlt. D. de bonor. poss. l. vlt. C. qui admitt. ad bonor. possess. poss.* An igitur non sufficiet ratihabitio si verum est, quod iam diximus sufficere qualemcumque consensum? Res ita se habet. Non sufficit ratihabitio vt iussui & mandato comparetur, hoc est vt iam inde ab initio pater nuptiis consensisse retrofingatur, Sed tamen sufficit vt alio consensu nullo sit opus. Quare nec probare possum quod à nonnullis video magis probatũ, vt si sponsalia contracta sint vel nuptiæ sine consensu patris, qui tamen postea ratum habuerit, ea sponsalia easve nuptias dissolui oporteat, & nouo patris consensu noua sponsalia, vel nouas nuptias inchoari. Potéstne enim ratihabitio esse sine consensu? aut minoris esse momenti quàm sit nudus simpléxque consensus. Et sanè pugnat apertè sententia illa cum *d. l. dotis promissio*, quæ non dubitat quin ex ipsæ nuptiæ quæ ab initio non valuerant propter defectum consensus paterni, conualescant ex eo ipso die quo consensus ille interuenit.

l. minorem 4. D. hoc ti. Init. huius tit.

L. 5. C. hoc tit. l. 7. §. 1. D. de spons. l. sponsalia 11. eod.

L. qui in aliena 6. l. si quis mihi bona 25. §. iussum D. de acq. hered. l. 3. §. acquirere l. vlt. D. de bonor. poss. l. vlt. C. qui admitt.

ILLATIO XI.

De patris consensu exigendo etiam in filijsfamilias militis nuptijs contrahendis.

L. filiusfamilias miles 35. D. hoc tit.

VNdecimò ex eodem Principio fit, vt non magis filiusfamilias miles quàm paganus sine patris consensu nuptias contrahere possit *l. filiusfa-*

milias

milias miles 35. *D. de rit nupt.* An quia etiam militibus ratio pietatis in parentes constare debeat? vt ait Vlp. in *l.* 1. *De obseq. parent. & patron. præst.* Verum id quidem est, vt constat etiam ex *l.* 5. §. *à milite D. de agnosc. & alend. liber.* Sed ratio non est bona. Non enim ratio pietatis facit vt patris consensum in liberorum nuptijs interuenire oporteat, sed ius potestatis. Alioqui matris quoque consensum interuenire oporteret cùm ei non minor quàm patri pietas & reuerentia debeatur *l.* 4. *D. de curat. furiosi.* nec plus iuris hac in re haberet filius emancipatus quàm qui in familia retentus esset: quæ tamen omnia se aliter habere suprà probauimus. Vera igitur ratio est quia cùm ius hoc descendat ex patria potestate, constat non solui per militiam ius patriæ potestatis §. *filiusfamilias infr. quib. mod. ius patr. potest. soluit. l. si filiusfamilias* 33. *D. de testam. milit. l.* 2. *D. de castrens. pecul.* proinde non debere in hoc melioris condicionis esse filiumfamilias militem quàm paganum.

L. 1. *D. de obseq. parēt. præst. l.* 5. §. *à milite D. de agnosc. & alend. liber.*

§ *filiusfamilias quib. mod. ius patr. potest. soluit. l. si filiusfamilias* 33. *D. de testa. milit. l.* 2. *D. de castr. pecul.*

ILLATIO XII.

De consensu liberorum nuptias contrahentium.

DVodecimò ex eodem Principio fit vt sicuti sponsalibus ita & nuptiis nō minùs filium aut filiam patri in cuius potestate est quàm patrem filio aut filiæ consentire oporteat *d. l. sponsalia* 11. *De sponsal.* Nam filiofamilias aut filiafamilias dissentiente sponsalia eius nomine non magis per patrem quàm per tutorem aliúmve quemlibet fieri possunt *dict. l. si puellæ* 6. *l. filiofamilias* 13. *eod.* sicut nec inuitus filius aut filiafamilias vxorem ducere cogitur *l. non cogitur* 21. *De rit. nuptiarum.* Sed & quemadmodum pater filio aut filiæ nuptias ineunti consentire intelligitur si non euidenter dissentiat *l. in sponsalibus nihil interest* 7. *in fin.* D. *de sponsal. l.* 5. *C. de nuptiis.* ita & liberi qui voluntati patris non repugnant hoc ipso consentire existimantur. *l. sed quæ patris* 12. D. *de sponsal.* Hæc sola inter patrem & liberos differentia est, quod vt ibidem Vlpianus subiungit hinc solùm dissentiendi à patre licentia filiæ conceditur si indignum moribus vel turpem sponsum ei pater eligat. Contrà verò quamuis filia honestum virum sibi velit eligere, aut filius honestam vxorem, non ideo tamen pater ijs contradicere prohibetur. Quanquam si per iniuriam contradixerit, & liberos suos prohibuerit, vxores ducere vel nubere, ex constitutione Diuorum Seueri & Antonini per Proconsules, Præsidésque prouinciarum coguntur eos in matrimonium collocare ac dotare *l. capite* 19. D. *de rit. nupt.* Illud sanè constat filiam neptémve quæ in potestate sit si pater vel auus nullam ei ante vicesimum quintum annum condicionem quæsierit impune posse nubere, adeóque quod magis est in corpus suum peccare, Hoc est vt non solùm iustæ sint nuptiæ si sine patris vel aui voluntate nupserit, sed etiā libera sit à metu exheredationis quam alioqui ex ea causa timere deberet non tantùm à patre, sed etiam à matre si iam orbata patre nuptias sine cōsensu matris contraxisset *Nouell.* 115. *Vt cùm de appellat. cogn. cap.* 3. §. *aliud quoque capitulum vers. si alicui ex prædictis*, iunct. *l. filia* 20. *C. de inoff. testam. l. in coniunctione* 20. *C. de nupt.* Probo tamen & valde laudo quod vir clarissimus Dionysius Gothofr. notat ad *d. vers. si alicui*, Iustinianum qui eo loco permittit filiæfamilias neptive vt post vicesimūquintū annū si innupta sit, peccare in corpus suū impune possit, non de ea filia intelligendum esse quæ turpiter & cū flagitiosa

L. sponsalia 11. *D. de sponsal. d. l. si puellæ* 6. *l. filiofamilias* 13. *eod.*

L. non cogitur 21. *D. hoc tit.*

l. in sponsalibus 7. *in fin.*

l. sed quæ patris 12. *D. de sponsal.*

L. capite 19. *D. hoc tit.*

Nouell. 115. *vt cùm de appell. cogn.* §. *aliud quoque capitulum vers. si alicui ex prædictis Iunct. l. filia* 20. *C. de inoff. test. l. in coniunctione* 20. *C. hoc tit.*

L. si filiam 19. C. de inoff. testam.

fœditate viuat, vt loquitur *l. si filiam* 19. *C. de inoffic. testam.* id est quæ se palam & publicè prostituat, sed de illa quæ clam & semel aut bis stupro se inquinauerit, Ne alioqui tam larga interpretatio laxiorem sexui iam satis lubrico & infirmo præbeat licentiam delinquendi, ex qua non solùm paternæ familiæ dignitas (parum enim hoc esset cùm patri sua culpa imputari posset) sed etiam publica honestas, cuius præcipua semper ratio habenda est, labefactetur. Ad hanc rem pertinet etiam Imperatorum constitutio in *l. vidua* 18. C. *de nupt.* quæ cùm vult viduas intra quintum & vicesimum annum degentes in secundas nuptias sine patris consensu non conuenire, hoc ipso permittit vt post eam ætatem patris consensum requirere non cogantur. Mirum tamen illud est quod addit constitutio *etiamsi emancipationis libertate gaudeant.* Videtur enim id pugnare cum eo quod suprà diximus *illat.* 7. Filium emãcipatum sine patris consensu nuptias contrahere non prohiberi, Nisi dicamus, id quod res est, eam constitutionem facere hac parte ius nouum, vt ostendunt verba illa *non conueniant*, quæ sunt imperatiua verba & legis nouum ius constituentis, itémque quod Vlp. scribit in *l. in potestate* 10. *De sponsal. vers. enimuerò si emancipata est.* Post quam constitutionem fatendum est aliam esse rationem filij, aliam filiæ. Nullo enim casu filius emancipatus cogitur expectare aut requirere consensum patris, nec hodie magis quàm olim. Neque verò mirum videri debet maiore obseruantiæ vinculo constringi filiam quàm filium, cùm minùs iudicij habeat & consilij ad sibi prospiciendum. Quo exemplo possit quis etiam fortassis non malè dicere, in eo iam olim aliud iuris fuisse in filiofamilias quàm in filia quod filia non aliter poterat à patre dissentire, quàm si turpem vel indignum maritum ei pater destinaret, vt iam diximus ex *d. l. sed quæ patris.* Filius verò nec si honestam vxorem ei pater quæsisset consentire tamen patri cogebatur. Id enim est quod Terentinus Clemens scribit in *d. l. non cogitur*, filiumfamilias vxorem ducere non cogi, Et quod Celsus in *l. seq. maluisse hoc videtur*, Cur namque aut quomodo maluisse diceretur, quod aliter velle non potuisset? Sed & hoc ipsum videtur significare coniunctio *l. filiofamilias* 13. *De sponsal. cum l. praced.* Nam cùm in præcedenti scriptum esset tũc solùm à patre dissentiendi licentiam filiæ concedi si indignum moribus vel turpem sponsum ei pater eligat, statim subiungitur in *l. seq.* filiofamilias dissentiente sponsalia eius nomine fieri non posse, vt intelligamus non eandem hac in re filij & filiæ rationem esse. Potest autem ratio diuersitatis ex eo sumi, quod ita quoque constituto iure vt liceat filiofamilias recusare honesti matrimonij condicionem quam pater ei offerat, nihil tamen ex eo sequi possit incommodi, nisi quod fortassis vel tardius, vel numquam viuo patre hic filiusfamilias vxorem ducturus sit. At si filiæ hoc ipsum liceret, verendum esset ne tamdiu innupta manens filia per muliebrem impotentiam eò tandem dilaberetur vt in corpus suum peccaret. Quomodo hæc ipsa ratio è contrario faciebat, vt faciliùs olim Iureconsulti permitterent filiæ quàm filio furiosi contrahere matrimonium sine consensu patris vt Iustinianus refert in *l. si furiosi* 25. *C. de nupt.* Præter id quod cùm fœminæ multò minore consilio ac iudicio polleant quàm masculi, æquum videri debet filiæ magis quàm filij iudicium & voluntatem ex patris iudicio & voluntate pendêre. Ideo autem fœminarum pudicitia maiori curæ fuit legislatoribus quàm masculorum, non solùm quòd muliebris sexus sit longè procliuior magisque lubricus ad libidinem, sed etiã quia

L. vidua 18. C. hoc tit.

Differentia filij emancipati & filiæ emancipatæ in nuptiis sine consensu patris cõtrahendis

L. filiofamilias 13. cum praced. D. de sponsal.

L. si furiosi 25. C. hoc tit.

quia fœminarum pudicitia pertinet maximè ad reipublicæ dignitatem, cùm certitudo familiarum tota pendeat ex certitudine patrum, Pater verò quis sit nesciri queat nisi ex nuptiarum demonstratione, qua tamen nihil esset fallacius si matris quæ semper certa est pudicitia & castitas non etiam certa esset.

ILLATIO XIII.

De consensu patris in nuptijs filij expositi à patre.

DEcimotertiò ex eodem Princip. fit vt nec à patre expositus filius possit vxorem ducere sine consensu patris *l. patrem 16. C. de nupt.* Quod tamen hodie correctum videtur cùm expositione amittatur omne ius potestatis *l. 2. & 3. C. de infant. expos. & Nouell. 153. de infant. expos. cap. vnic. Extr. eod.*

L. patrem 16. C hoc ti. l. 2. & 3. C. de infant. expos.

Decimoquarto, & postremò ex eodem Principio fit vt patris furiosi vel dementis consensus quoniam interuenire non potest, nec necessarius sit siue de filio siue de filia agatur etsi erat olim aliqua inter eos differentia vt innuit Iustin. qui eã sustulit in l. si furiosi 25. C. de nupt.

PRINCIPIVM V.

De nuptijs ex solo consensu æstimandis.

NV*ptias solus consensus facit l. nuptias 30. De regul. iur.* Nam cùm nuptias non tantùm vtilitatis sed etiã honestatis publicæ ratio induxerit, æquissimum sanè ac conuenientissimum fuit æstimari nuptias ex animorum magis & voluntatum quàm ex corporum coniunctione: quippe cùm ea corporum coniunctio nihil nisi turpitudinem in se habeat, (quas coitionis sordes non minùs eleganter quàm honestè vocant Impp. in *l. penult. in fin. C. de spectac. & scenic. & lenon. lib. 11. tit. 40.*) nihilque dignum homine sed id duntaxat, quod homini cum belluis sit commune: Vnde & matrimonium respectu materiæ potiùs quàm formæ suæ iuris naturalis appellatur in *l. 1. §. ius naturale D. de instit. & iur.* Animorum autem coniunctio quid aliud est quàm consensus? Consensum tamen intelligere debemus contrahendarum nuptiarum. Nam & sponsalia nudo consensu cõtrahuntur sicut & nuptiæ *l. 4. l. sponsalia 11. D. de sponsal.* Et tamen sponsalia esse nuptias nemo benè dixerit. Alius enim animus est contrahendorum sponsaliorum, alius contrahendarum nuptiarum: Nihil siquidem aliud sunt sponsalia quàm mentio & repromissio futurarum nuptiarum dictáque sunt à spondendo, quòd veteribus moris fuerit stipulari & spõdere sibi vxores futuras, vnde & sponsi sponsæque appellatio nata est *l. 1. 2. & 3. eod.* At nuptias contrahi cùm dicimus præsentes non futuras nuptias significamus. Denique consensus quem in sponsalibus interuenire necesse est spem duntaxat nuptiarum constituit *l. si puella 6. eod. l. si vxor 13. §. Diui D. ad leg. Iul. de adult.* Non ergo nuptias ipsas. Tantum namque inter spem nuptiarum & nuptias interest, quantum inter id quod nondum est, & id quod iam est. Adeo autem differt consensus sponsaliorum à consensu nuptiarum, vt quæsitum fuerit apud Iulianum an sponsalia sint si ante duodecimum annum fuerint nuptiæ collocatæ id est contractæ. Sic enim Cuiac. legit & interpretatur rectè *lib. 11. obser. cap. 15. in l. quæsitum 9. D. de sponsal.* vbi Vlp. ad eam quæstionem respondens refert sententiam Labeonis quam & à Papiniano & à se probatam semper fuisse dicit, vt siquidem præcesserint sponsalia non eo minùs durent quod sponsa in domo loco nuptæ esse cœperit, si verò non præcesserint hoc

L. nuptias 30. de reg. iur.

Differentia sponsaliorũ, & nuptiarum.

L. si puella 6. D. de sponsal. l. 1. 2. & 3 eod. l. si vxor 13. § Diui ad leg. Iul. de adul.

L. quæsitum 9. D. de sponsal.

ipso quod in domum mariti futuri deducta est, sponsalia facta non videantur: quia nō eo animo in domum ducta est, vt sponsa fieret, sed vt nupta, quod diuersum est. Sic dicimus non omnē qui dicit *spondeo* ex spōso obligari, sed eum duntaxat qui stipulanti animo stipulandi sic respondet, quemadmodum Varro scribit *lib.4. De ling. latin.* quoniam nimirum fieri potest vt paciscendi duntaxat animo illud ipsum verbum vsurpetur, Solo enim animo paciscendi aut stipulandi differt pactum à stipulatione cùm ea verba quæ ad contrahendam stipulationem essent necessaria in pacto interuenerunt *l. iuris gentium 7. §. quod ferè D. de pact. §. de constituta Inst. de action.*

L. iuris gentium 7. §. quod ferè D. de pact. §. de constituta Instit. de action.

ILLATIO I.

De nuptijs ex concubitu non æstimandis.

d. l. nuptias 30. de regul. iur.

EX hoc Principio illud primùm fit vt ad nuptias contrahendas non sit necessarius concubitus *d. l. nuptias 30. De regul. iur.* quia concubitus sequi nuptias iam contractas debet non præcedere contrahendas, licèt inter eas personas quæ naturali aliquo impedimento prohibentur ne coire possint, nuptiæ non subsistant, quia nec consensus ille qui nuptias facit alius consensus est quàm legitimè coeundi vt scripsimus ad *Princip. 3. illat. 1. & 2.*

ILLATIO II.

De legato relicto sub condicione nuptiarum.

L. cui fuerit 15. D. de condic. & demonstr.

SEcundò ex eodem Principio fit vt si cui fuerit sub condicione legatum, Si in familia nupsisset videatur impleta condicio statim atque ducta est vxor, quamuis nondum in cubiculum mariti venerit, vt Vlp. scribit in *l. cui fuerit 15. De condic. & demonst.* vbi hanc ipsam rationem reddit quod nuptias non concubitus faciat sed consensus. Ex qua lege illa etiam ratio colligi potest, propter quam nuptiæ ex concubitu æstimari non possint, quòd non nisi in cubiculo & in thoro mariti primùm is concubitus fieri & soleret, & deberet, cùm domus mariti non vxoris sit domicilium matrimonij *l. 5. D. de rit. nupt.* & thorus quoque solius mariti sit non etiam vxoris. Porrò non poterat honestè vxor in domum viri deduci, quin consensus præcessisset, atque ita nuptię iam essent contractæ. Nec igitur poterant nuptiæ à concubitu incipere, aut ex concubitu æstimari.

L. 5. D. de rit. nupt.

ILLATIO III.

De concubina, & in quo differat ab vxore.

L. pen. D. de concub.

TErtiò ex eodem Principio fit vt concubina separetur passim ab vxore, tanquam quæ à concubitu nomen suum acceperit. Nulla enim differentia esset inter concubinam & vxorem si non consensus sed concubitus nuptias faceret. Concubinam facit sola destinatio eius qui domi eam habet *l. penult. D. de concub.* Vxorem verò mutuus consensus. Concubinam adfectio duntaxat, Vxorem verò maritalis honor, & dignitas *l. vnum ex familia 67. §. vlt. De legat. 2. l. item legato 49. §. parui autem refert, De legat. 3. l. donationes in*

concubi-

concubinam 31. D. *de donat.* quem plenum honorem vocat Papinianus in *l. cùm tabulis* 16. §. *quoniam De his quæ vt indign.* vbi addit quidem stuprum cum ea non contrahi quæ se alterius quàm patroni concubinam esse patitur, Sed tamen non facit ea res quominus verum sit non habere illam matrisfamilias honestatem *l. probrum* 41. *in fin. De rit. nupt. l.* 3. *in fin. D. de liber. exhib. l. pronunciatum* 46. §. 1. *De verb. signific.* Denique vxor nomen est dignitatis, Concubina voluptatis, vt tractat Cuiac. *lib.* 3. *obser. cap.* 18. Ergo cùm nec concubinam quidem faciat solus concubitus multò minùs faciet vxorem. *L. cùm tabulis* 16. §. *quoniam De his quæ vt ind.*

ILLATIO IV.

Tabulas non facere matrimonium.

QVartò ex eodem Principio fit quod Papinianus scribit in *d. l. donationes* 31. *De donation.* tabulas non facere matrimonium. Quod & scriptum est in *l. si vicinis* 9. *& l. neque sine nuptijs* 13. *C. de nupt.* Id enim generale & perpetuum est in omnibus contractibus qui nudo consensu perficiuntur, vt scriptura nullomodo indigeant, nisi ad futuram rei gestæ memoriam, & probationem, vt Caius scribit in *l.* 4. D. *de pignor.* vbi de nuptiis nominatim scribit esse nuptias, licèt testationes in scriptis habitæ non sint. Iunge *l.* 4. *D. de fid. instrum.* *L. donationes* 31. *D. de donat. l. si vicinis* 9. *& l. neque* 13. *C. hoc tit. l.* 4. D. *de pigno. l.* 4. D. *de fid. instrum.*

ILLATIO V.

De patre consentiente nuptijs filij citra subscriptionem.

QVintò ex eodem Principio fit vt si pater nuptiis filij aut filiæ consenserit, non eo minùs subsistant nuptiæ quòd instrumento ad matrimonium pertinenti pater non subscripserit, inquiunt Impp. in *l.* 2. *C. de nupt.* Nempe quia licèt consensus patris sit de substantia nuptiarum filij, vt diximus Principio superiore, nihil tamen commune habet consensus ille cum subscriptione patris si modò aliunde probari possit *l. pactum quod bona fide* 17. *C. de pact. l. cùm te* 5. *C. de transact. l.* 4. D. *de fid. instrum.* *L.* 2. *C. hoc tit.*

ILLATIO VI.

De nuptijs inter absentes quoque contrahendis.

SExtò ex eodem Principio fit, vt inter absentes quoque cõtrahi nuptiæ possint sicut & sponsalia & cætera omnia quæ nudo cõsensu expediũtur. Quid enim vetat consensum illum præstari per nuncium, aut per literas *d. l. mulierẽ* 5. D. *de rit. nupt. l.* 4. *l. vlt.* D. *de sponsalib.* vbi Vlp. scribit parui referre per se & corã an per internunciũ vel per epistolam an per alium facta sint sponsalia, Plerunque enim condiciones (Gallicè dicimus *les partis*) interpositis personis expediri. Quãquam fatendum est non idẽ iuris in sponsalibus ab initio obtinuisse. Nam cũ dicta sint à spondendo propterea quòd moris esset veteribus stipulari, & spõdere sibi vxores futuras, vt monuimus ex *l.* 2. *&* 3. *eo. tit.* certũ est nunquam ita ius fuisse vt stipulatio inter absentes & per nunciũ aut per epistolam contraheretur. Sed ab eo more postea recessũ est, & inductũ vt nudo quoque consensu & cõsequenter citra stipulationẽ per pactũ contrahi spõsalia possent. *L. mulierem* 5. D. *hoc tit. L.* 4. *l. vlt.* D. *de spons.*

Pactum autem quin per epistolam aut nuncium etiam inter absentes fieri possit non ambigitur *l.2.D.de pact.l.qui autem* 14.§.*vlt.*D.*de constit.pecun.l.1.§.vl. D.de contr.empt.* Non tamen similiter potuit olim vxor per nuncium aut per literas in mariti domum deduci. Sic enim euocari potiùs quàm duci videretur. Atqui deductione non euocatione opus erat vt matrimonij sollennitas impleta dici posset, quamuis ad executionem matrimonij potiùs quàm ad contrahendas nuptias ea res pertinere videretur *d.l.mulierem*.

De vxore in mariti domum deducenda.

ILLATIO VII.

De lugendo marito qui absentem vxorem accepit.

L.denique 6.D.hoc tit. De rit.nup.

SEptimò ex eodem Principio fit quod Vlpianus ex Cinna Iureconsulto scribit in *l.denique 6.eod.tit.De rit.nup.* Eum qui absentem accepisset vxorem, deinde rediens à cena iuxta Tyberim periisset, ab vxore lugendum esse. Nempe quia verus maritus fuit non sponsus, nuptiis scilicet per consensum quamuis inter absentes præstitum constitutis. Sponsi enim nullus luctus esset *l. vxores* 9.§.1.D.*de his qui notant.infam.* quamuis in aliis plerisque ratio eadem sit sponsi & mariti, scilicet vbi iuris ratio eadem in vtroque locum habet, vt in specie *l.tutor* 15.*in fin.cum l.seq.*D.*de sponsal.l.* 4.*D.de fund.dotal.l. si vxor* 13. *§.Diui* 3 *&* §.*si vxor* 8.*ad leg.Iul. de adult.l.*1.*in fin. De his qui not.infam. l.* 5.*D. de testib.l.quæsitum* 17.*in fin.De reb.autor.iud.possid.*

L.vxores 9.§.1. D.de his qui not. infam.

ILLATIO VIII.

De virgine habente dotem, & de dote actionem.

L.ideóque 7.D.hoc tit.

OCtauò ex eodem Principio fit, quod ex Paulo subiungitur in *l. ideóque* 7. *De rit. nupt.* posse fieri vt virgo aliqua & dotem habeat & de dote actionem. Nempe si vt in eo ipso casu de quo proximè diximus, nuptiæ contractæ sint per nuncium aut per epistolam inter absentes, nec tamen coitus & concubitus vllus secutus sit. Sicut enim non eo minùs veræ nuptiæ sunt, quod vxor in viri cubiculum numquam venerit, cùm nuptias consensus faciat non concubitus *d. l. cui fuerit* 15. *De condic. & demonstr.* Ita nec illa eo minùs virgo quod virum habeat & maritum quandiu eius congressum passa non est. Porrò vt habeat illa & dotem & de dote actionem sufficit quòd verum matrimonium intercesserit *l.*3.D.*de iur.dot.*

l. cui fuerit 15.De condi. & demonst. l.3.D.de iu. dot.

ILLATIO IX.

De sponsalibus contractis per verba præsentis temporis.

NOnò ex eodem Principio fit, vt sponsalia per verba de præsenti, vt aiunt, contracta non tam sponsaliorum quàm nuptiarum iure censeantur non solùm ex iuris pontificij autoritate, sed etiam si iuris ciuilis ratio inspiciatur, Ideo enim aliud nomen sponsalibus datum est, aliud nuptijs, quod ita contrahi sponsalia solerent vt non nisi futurarum nuptiarum repromissionem continerent *l.1. &* 2. D. *de sponsal.* Atqui cùm de sponsalibus per præsentis temporis verba contractis agimus, ponimus id inter contrahentes actum esse vt ex eo tempore adesset consensus viri ad præsentem vxorem accipiendã, & vicissim con-

L.1. & 2.D. de sponsal.

consensus mulieris ad nubendum marito, nihilque in futurum tempus collatū præter coitum & concubitum, quem iam toties diximus ad matrimonij formam & substantiam minimè pertinere. Denique cùm & spōsalibus & nuptiis commune illud sit, vt nudo consensu contrahantur, ea sola inter sponsalia, & nuptias differentia esse potest, quod consensus qui in spōsalibus interuenit futuras nuptias respicit, non etiā ille qui presentes nuptias cōstituit: Optima ergo ratione pontificio iure cautum est, vt spōsalia contracta verbis de presenti nō magis quàm nuptię dissolui possint, item vt perinde impediant ne alię nuptiæ contrahi possint quandiu viuit ea quæ per verba de præsenti despōsa fuit, Immo nec post ipsius obitum cum alia muliere quæ ipsius cōsanguinea sit intra gradus prohibitos, Rursum vt si eadem mulier duobus desponsa sit vni primùm per verba de futuro, alteri verò postea quidem, sed per verba de præsenti preferendus sit hic qui tempore posterior est, tanquam qui non tam sponsus quàm maritus dicendus sit, dummodo sponsalia de futuro confirmata non fuerint per copulam medio tempore subsecutam. De quibus omnibus & aliis huiusmodi tractatur passim in *Decret.tit.De sponsal.& De matrim.contr.Extr.*

ILLATIO X.

De nuptiis aduersus leges & Principum mandata contractis etiam coitu secuto.

DEcimò ex eodem Principio fit, vt nuptiæ dici non possint quæ contractę sunt aduersus leges aut mandata Principum quamuis & coitus secutus fuerit, & suscepti ex eo coitu liberi *§.si aduersus ea infr.hoc tit.l.3. D.de iur.dot.* quia scilicet nullus hoc casu consensus interuenisse videatur, siquidem consensus contra legum autoritatem præstitus pro non præstito habendus est, sicut & pro infectis, omnia cætera quæ contra leges facta proponūtur, Nempe quæ eiusmodi sunt, vt in iis effectus iuris considerandus sit potiùs quàm sola destinatio animi, vt loquuntur Impp.in *l.eum qui duas* 18.*C.ad leg.Iul.de adul.* iūct. *l.non dubium* 5.*C.de legib.* Nam sicut nuptias non quælibet maris & fœminæ coniunctio facit, sed ea tantùm quę sit iusta & legitima, ita nec consensus quilibet, sed is demum qui sit iustus & legitimus, id est qui nec iure, nec legibus improbetur, licèt habuerint contrahentes animum matrimonij contrahendi, hoc est quamuis vxoris animo habeatur ea quæ tamen vxor esse non potest, vt scriptum est in *d.l.si vxor* 13.*§.sed etsi ea sit D.ad leg.Iul.de adult.*

§. si aduersus hoc tit.l.3.D.de iur.dot.

l. eum qui duas 18. *C. ad leg. Iul. de adult.*

L.*si vxor* 13. *§.sed etsi ea sit.D ad leg. Iul.de adul.*

ILLATIO XI.

De condicione nuptiarum.

VNdecimò ex eodem Principio fit, vt si cui legatum fuerit sub condicione *si nupserit*, aut quod effectu idem est *cùm nupserit* non priùs impleta condicio dici possit quàm mulier ritè nupserit. Nec enim omnes coniunctiones implent condicionem, inquit Vlpian. in *l. hac condicio* 10.D.*de condic. & demonstrat.* Finge nondum nubilis ætatis puellam in domum mariti deductam esse, Non paruit condicioni, quia non potest videri nupta, quæ virum pati non potest *l.penult.D.quand.dies legat.ced.* Finge coniunctā ei esse

L.hac condicio 10. D.de cond. & demonstr.

L. penult. quand. dies legat.ced.

cuius nuptiis sit interdictum. Idem dicendum erit, vt condicioni non paruisse videatur. Planè si cùm nubere posset nupserit post factum testamētum quamuis viuo adhuc testatore non dubitatur quin condicionem impleuerit, quia condicio hæc talis est quæ semel impleri debeat, id est quæ vnico eóque primo actu impleatur. De illo tantùm dubitari in *d.l. hac condicio*, An hæc puella legataria quæ vel priusquàm viripotens esset nupsit, vel ei cui per leges nubere non licebat postea parêre condicioni possit quasi non nupserit. Sic enim legis verba habent *an tamen nubendo postea parêre condicioni possit quasi non nupserit, dubitari potest*. Ad quam dubitationem statim respondetur cum distinctione, his verbis *& si testator de primo nuptiali iugo sensit, puto defectam condicione*. Quod tamen quomodo aut qua ratione verum esse possit ego non intelligo. Quantumuis enim de primo nuptiali iugo testator senserit, cur dicemus secuta ea coniunctione quæ nuptias facere non potuerit, defectam esse condicionem, ac non potius id quod res est, nondum impletam fuisse? Neque verò eadem ipsa lex hoc negat. Statim namq; sequitur *benignè tamen dicendum est nondum impletam condicionem esse, non defectam* quomodo legendum esse iampridē vir doctissimus Iacob. Cuiac. *lib.* 3. *Obser. ca.* 40. subtiliter ac feliciter vt alia pleraque emendauit. Sed ego quæro, quod ille non vidit, Cur hoc ipsum quod admittimus, non tam defectam esse condicionem quàm non impletam, benignè tantùm, id est ex humanitate & æquitate, ac non etiam ex ipsissima meráque iuris ratione admittendum esse dicamus. Siquidem fieri nullomodo potest, dicam amplius, nec si testator velit, vt condicio illa *nupserit* nullis temporis angustiis coarctata priùs deficiat quàm certum esse incipiat legatariam nubere amplius numquam posse: quod tamen non priùs certum esse potest quàm vel decesserit, vel eam impleuerit ætatem in qua nubere per legem Iuliam Papiam prohibeatur. Quod enim vel antequàm viripotēs esset, vel ei cuius nuptiis interdictum erat nupsisse proponitur præbet materiam de illo dūtaxat dubitandi. An hoc ipso condicionem impleuisse videri debeat, nō etiam de illo, An videatur condicio defecisse. Cùm duo ista *impletam condicionem esse & defectam*, nō cōtradictoria sint, sed cōtraria, Inter quę mediū illud est, *nec impletā cōdicionē esse nec defectā*. Et cōsequēter etiā admisso eo quod per inutiles iniustásque nuptias quæ nuptię non fuerunt condicio impleta non sit, minimè bona erit cōsecutio si quis ex eo inferat, Esse igitur defectam. Potiùs enim debeat è contrario inferre, Immo verò implēdam adhuc esse quæ nōdū impleta fuerit, ac proinde impleri posse. Nec quod ponimus testatorem de primo nuptiali iugo sensisse, ad rem facit. Tantò magis enim ex eo apparet nō fuisse condicionem huiusmodi defectam per nuptias inutiliter contractas, siquidem neque iugum vllū esse potest sine vinculo, neque vinculū contrahi ex ea cōiunctione quæ iuris vinculo & potestate sit destituta. Iugum enim cùm dicimus effectum iuris nō solam animi destinationem consideramus *arg. d.l. eum qui duas* 18. *C. ad leg. Iul. de adult.* Planè si poneres testatorem sensisse non de primo nuptiali iugo, sed de prima coniunctione relata non tā ad ius quàm ad factū *coniunctionis* significatione, defendi probabiliùs posset verba quę in prima coniunctione verificari nō potuissent ad aliā cōiunctionē extendi contra testatoris voluntatem non oportere. Quamquam esset etiam is casus alienus ab eo qui tractatur *dicta lege hac condicio*, vbi nō proponitur sic concepta esse condicio, vt de coniunctione quicquam testator dixerit, sed hoc modo *Filia mea*

d.l. hac condicio.

l. eum qui duas 18. *C. ad leg. Iul. de adult.*

cùm nupserit, aut quod idẽ est *si nupserit* quo verbo certum est significari quidem coniunctionẽ, sed non quamlibet, at eam solam quę nuptias constituat, & per cõsequens quæ non ad factum, sed ad ius referatur, cùm quisquis *nuptias* dicit non tantùm coniunctionem illam exprimat quæ tota est facti, sed etiam ius adeóque vinculum iuris omnis diuini & humani. Nec est contrarium quod Papinianus in *l. dotis promissio 68. De iur. dot.* nuptias vocare videtur illas etiam quę nullum iuris vinculum habuerunt, putà quę à filiafamilias sine cõsensu patris initæ fuerunt, cùm fatetur dotis promissionem quam filiafamilias tunc fecisset non facilè extensam iri ad nuptias, quibus inter easdẽ personas pater postea consensisset, si medio tempore alij filia nupsisset quasi dotis promissione consumpta in primis nuptiis quibus fuerat destinata. Non enim is Papiniani sensus est, vt primæ nuptię dici possint, quę ignorãte ab initio patre inutiliter cõtractæ sunt, quasi hoc ipso secundę sint illæ, quibus postea consensus patris accedit. Sed è cõtrario vt dotis promissio in nuptiis inutilibus facta nõ aliter extinguatur iis nuptiis vtiliter postcà cõtractis, quàm si alię nuptię intercesserint. Quo vtique casu nuptiæ quæ ex patris consensu inter easdẽ personas postea cõtractæ essent, nõ nisi secundę dici possent, quippe quę nõ primas illas inutiles, sed medias, quæ potiùs primæ dici debent, sequerentur. Alioqui fatendũ esset nullis quoq; nuptiis aliis intercedentibus irritã fore dotis promissionẽ quã filiafamilias ignorante patre fecisset, tãquã primis illis nuptiis inutilibus, si nuptię dici possent, cõsumptã. Quod tamẽ Pap. apertè negat, Nõ alia proculdubio ratione quàm quòd nec primę nuptię nec simpliciter nuptiæ dici possint, quæ inutiles & iniustæ fuerũt, Quomodo dicimus, Tabulas nullas in edicto *De bon. pos.* tabularũ nomẽ nõ mereri. Quę cùm ita sint vix puto dubitari amplius posse quin tota illa quæstio posita in *d. l. hæc condicio*, ab illis verbis *an tamen nubendo* tota sit Triboniani cùm sit inepta, & quę ad eam affertur responsio non solùm ineptior, sed etiam prorsus falsa, vt ostendimus. Et verò Tribonianei moris illud est, vt in suis ad nouas quæstiones responsionibus hæsitet plerumque, & ignarus quid ex iuris ratione quidve ex æquitate cõstituere debeat, summum ius ab æquitate distinguat, nonnũmquam verò vt hîc contigit, erret in vtroque, benignitati tribuens, id quod sit ex summo iure, Sicut & aliàs persæpe sententias falsas pro æquis amplectitur, tametsi reuera sint iniquissimæ. Nec sanè alio Pandectarum loco reperias *iugum nuptiale* pro *nuptiis* dici à Iurecõsultis, sed à Triboniano dũtaxat in plerisque Codicis constitutionibus. At neq; pręcedẽtia satis cõueniunt elegãtię Vlpiani. Quæstio enim illa, An cõdicio huiusmodi *si filia nupserit* impleri possit post factũ testamentum & viuo adhuc testatore ridicula est, cùm dubitãdi causa nulla sit, quin possit quãdocũque impleri vbi certũ tempus ei implendæ nullũ pręfinitum est. Habet enim tempus infinitum vt Mæcianus loquitur in *l. condicionum 19. eod. tit.* id est nullo certo tempore finitũ. Et quod lex ait non satis egisse testatorẽ hoc casu quãdo vellet impleri condicionẽ, facit potiùs vt possit impleri quãdocũque quam vt de illo dubitari debeat, An impleri quandocũque possit. Sed & ratio iis verbis expressa *præsertim cùm cõdicio hæc talis est, vt semel impleri debeat* valde impropriè ac inconcinnè concepta est. Debuerat enim sic potiùs concipi *præsertim cùm hæc condicio talis sit vt vnico non reiterabili actu impleatur*, licèt ipse nuptiarum actus sit reiterabilis. Denique quod sequitur *puta enim nondum nubilis ætatis in domum mariti deducta*, pro eo quod dicere Tribonianus voluit,

L. dotis promissio 68. D. de iur. dot.

Manus Triboniani in d. l. hæc condicio.

L. condicionum 19. eod.

Puta enim nondum nubilis ætatis puellam in domum mariti deductam esse, videtur mihi, satis noua insulsáque loquendi ratione, expressum fuisse. Sed & ea quæ in eadem lege sequuntur, licèt sint vera, minùs tamen elegantia sunt quam vt facilè possim credere esse Vlpiani, præsertim vltima illa *simili modo hoc erit dicendum*.

ILLATIO XII.

De nuptiis ex sola nubili ætate non æstimandis.

L. sancimus 24. C. de nupt.

DVodecimò ex eodem Principio fieri videtur, quod Iustinianus non tam veteris iuris corrigendi, quàm dubitationis antiquæ tollendæ gratia constituit in *l. sancimus 24. C. de nupt.* vt si quis fecerit nuptiarum mentionem in qualicunque pacto quod ad dandum, vel faciendum, vel non dandum, vel nō faciendum concipiatur, & siue nuptiarum tempus dixerit, siue nuptias nominauerit, non aliter condicio intelligatur esse adimplenda, vel extenuãda vti pse loquitur, nisi ipsa nuptiarum accedat festiuitas, Ita vt nō inspiciatur tempus in quo nuptiarum ætas, vel fœminis post duodecimum annum excesserit, vel maribus post quartumdecimum annum completum, sed ex quo vota nuptiarum re ipsa processerint, id est ex quo is cõsensus interuenerit qui nuptias cõstituit. Non enim ętas nubilis facit nuptias, sed cõsensus ille ex quo nuptiæ ęstimãtur.

ILLATIO XIII.

De donatione facta vxori antequàm in domum mariti deduceretur.

L. Seia Sempronio 66. D. de dona. int. vir. & uxor.

DEcimotertiò ex eodem Principio fit quod Scæuola respondit in *l. Seia Sempronio 66. De donat. int. vir. & vxor.* Nam cùm Seia certo die nuptura Sempronio, proponeretur ei donasse tot aureos antequàm domum deduceretur, tabulæque dotis signarẽtur, & quæreretur an ea donatio rata esset, Scæuola respondet non attinuisse tẽpus exprimi in proponenda quæstione, an priusquàm domũ deduceretur donatio facta esset, aut tabularũ consignatarũ, quippe quæ & post contractum matrimonium plerumque fierent. Itaqua nisi ante contractum matrimoniũ quod cõsensu solo fieri intelligitur donatio facta esset, eam non valere. Nec obstat quod in *§. 1. eiusdem legis*, idem Scæuola sic loquitur quasi non priùs dici possent nuptiæ quàm virgo in mariti domo, aqua & igni acciperetur, cùm ita scribit *priùs quàm ad eum transiret, & priùs quàm aqua & igni acciperetur, id est nuptiæ celebrarentur.* Quò etiam pertinet illud Ouidij, *Quos faciunt iustos ignis & vnda viros*, itémque quod Verrius Flaccus *ignem Pollux vndámque iugalem Pratulit.* Nam respondeo non ita id accipiendum esse quasi Scæuola, vel alius quisquam existimauerit nuptias ea tantùm sollennitate, non etiam solo consensu perfici: Sed quoniam vt plurimum ita eueniebat, vt in contrahendis matrimoniis præcederent sponsalia, nec alius mutuus coniugum consensus requireretur quàm qui in sponsalibus interuenisset, in eum vsque diem quo trãsiret mulier in domũ mariti, quod cùm fiebat hoc ipso interuenire dicebatur nouus cõsensus ille qui necessarius esset ad nuptias constituẽdas. Nō enim poterat magis, aut apertiùs declarari volũtas vtriusq; cõiugis, quàm ipso marito vxorẽ in domũ suã dedu-

§. 1. d. l. Seia.

Consensus qui in sponsalibus contrahẽdis interuenit, sufficit ad nuptias si secuta sit deductio in domum viri.

deducente, præsertim cùm id fieret in executionem & consequentiam prioris consensus adhibiti in sponsalibus contrahẽdis quæ iã diximus nihil aliud fuisse, quàm spem futurarum nuptiarum. Ceterùm, siue sponsalia aliqua præcessissent, siue nulla, si tamen nuptiarum consensus interuenisset, dubitandum non est quin nuptiæ citra vllam aliam sollennitatem nudo consensu contractæ dicerentur, quod cùm ex tot aliis supradictis nostri iuris locis, tùm ex primo huius legis responso apertissimè constat.

ILLATIO XIIII.

Per furorem impediri matrimonium contrahendum, non dissolui contractum.

DEcimoquartò ex eodem Principio fit vt furor contrahi matrimonium non patiatur, quia consensu opus est, inquit Paulus in *l. oratione 16. §. vlt. D. de rit. nupt.* furiosus autem non potest consentire qui nec sentire videtur *l. si tibi 8. §. vnius hominis, De option. legat.* Et tamen bene ante furorem cõtractum matrimonium ex superueniente furore non dissoluitur, vt ibidem Paulus addit, quod & scriptum est in *l. patre furioso 8. De his qui sunt sui vel alien. iur.* Eadem nimirum ratione, quod matrimoniũ non nisi dissensu, aut aliquo alio ex legitimis modis dissoluatur, Dissentire autem non possit, qui nec consentire potest *l. 2. §. vlt. D. solut. matrim. l. in bello 12. § medio tempore De capti. & postlim.* Inde fit vt qui nascuntur ex eo matrimonia liberi non eo minùs sint iusti quod in persona alterutrius parentis furor superuenerit, & consequenter, vt perinde sint in sui patris licèt furiosi potestate, siue ante furorem concepti editique sint, siue in ipso furore, & siue alteruter duntaxat parentum furere cœperit, siue vterque vt Vlp. scribit in *d. l. patre*, vbi rationem illam adfert quòd cùm ius patriæ potestatis moribus receptũ sit, nõ possit quis desinere habere in potestate, nisi exierint liberi de potestate iis modis & casibus quibus solent, hoc est qui iure ciuili in eã rẽ sunt comparati inter quos non est furor. Proinde nec illud mirum est acquiri huic patri commodum eorum omniũ quę filius acquirit, vt in eiusdem legis fine scriptum est. Id enim fit iure potestatis *l. placet 79. D. de acq. hered. l. 1. in prin. D. si à parent. quis manum.* Neque pugnat quod Scæuola respondit in *l. heredibus 77. §. 1. D. ad SC. Trebell.* filios susceptos ex eo matrimonio quod cum furiosa contractum fuit facere vt deficiat condicio fideicommissi quod ab ea pater reliquerat, Si sine liberis moreretur. Non enim id rationem illam habet quòd filius ex ea cõiunctione susceptus possit dici iustus patri suo, quasi matrimonium cum furiosa constare potuerit, sed quia in condicionibus nihil nisi factum versatur, negari autem nõ potest quin facto ipso matrimoniũ in ea specie aliquod fuerit, præsertim cùm pater ipse qui cõdicionẽ eiusmodi adscripserat filiam suã in matrimonio collocasse proponeretur. Idque est quod ad Scæuolam Claudius ibidem notat iis verbis *nam etsi matrimonium cum furiosa non fuit, satis tamen factum est eiusmodi condicioni.* Puto tamen obseruandum quod nescio an adhuc quisquam obseruauerit, non idẽ iudicio meo responsurum fuisse Scęuolam si tale fideicõmissum non filiæ iniunctũ fuisset, sed filio qui postea furiosus iam factus, aut cũ muliere furiosa matrimoniũ facto magis quàm iure contraxisset. Quantumuis enim verũ sit quod diximus in cõdicionibus nõ tã ius inspici quàm factũ, fieri tamẽ nequit vt condicio

l. oratione 16. § vlt. D. hoc tit.

L. patre furioso 8. De his qui sunt sui vel alie. iur.

L. placet 79. D. de acq. hered.

L. heredibus 77. §. 1. D. ad SC. Trebell.

Differentia elegans, & differẽtiæ ratio inter filium & filiã in specie dict. §. 1. l. heredibus.

illi *si sine liberis decesserit* defecisse videri debeat, si non aliquis ex rogato herede filius filiáve supersit *l. filiusfamilias* 114. *§. cum erit rogatus De legat.* 1. Atqui nullũ patrẽ habere intelligitur, quisquis nõ ex iustis nuptiis susceptus est, cùm pater ille demum sit, quem nuptię demonstrãt *l. quia semper* 5. *D. de in ius vocan.* Non ergo dici potest filiũ reliquisse is qui filium suscepit ex eo matrimonio quod siue iã furiosus ille, siue compos mentis cum furiosa cõtraxerit, quia reuera matrimoniũ non fuit, cùm matrimonij nomen sit iuris nõ facti. Ex quo apparet quęnam sit ratio huius diuersitatis quam nos inducimus inter eũ casum quo fideicõmissum à filio & illum quo à filia relictum sit. Nimirum quia mater semper certa est etiamsi extra iustas nuptias adeóque vulgo filium quęsierit *d. l. quia semper.* Itaque quod ad matrẽ pertinet nõ sunt ista paria, quę tamen paria sunt quod ad patrem, Non habere filium, &, iustum filium non habere. Potest nãq; mater habere filium verum, etiam qui non magis matri suæ quàm patri iustus sit (neque enim alterutri iustus esse filius potest quin sit vtrique) pater verò nõ potest. Rursus quod dicimus matrimonium bene ab initio contractum ex superueniente alterutrius, aut etiã vtriusque coniugum furore non dissolui *d. l. oratione §. vlt. De rit. nupt. d. l. patre* 8. *D. his qui sui vel alien. iur. sunt l. si cum dotẽ* 22. *§. si maritus D. solut. matr.* non pugnat cum eo quod dici solet, intercidere illa quę peruenerunt ad eũ casum à quo incipere non potuerũt *l. pro parte* 11. *D. de seruit. l. quia in eum casum* 16. *D. ad leg. Aquil.* Nõ enim perpetua est illa regula, neque placuit prudentibus omnibus, sed quibusdã duntaxat, vt colligi potest ex *l. existimo* 98. *De ver. oblig. l. in ambiguis* 85. *§.* 1. *De reg. iur.* Nẽpe quod persępe vitiari eam sit necesse, in iis præsertim quę semel bene non solùm inchoata, sed etiã perfecta sunt & consummata, qualia sunt quę momentanea, & quę vnico instanti expediuntur, cuiusmodi est matrimonium, testamentum *l. is cui lege* 18. *D. qui testam. fac. poss. l.* 1. *§. semel autem D. de bon. poss. sec. tabu.* & alia huiusmodi. Quemadmodum enim quod ab initio viciosum est non facilè ex postfacto conualescit *l. quod ab initio* 29. *De regul. iur.* ita è cõtrario quę ab initio constiterunt non facilè ex causa superueniente irrita fieri debent *l. verum* 11. *§. item non restituitur D. de minor. l.* 5. *in fin. D. ad leg. falcid. l. sancimus* 25. *C. de admin. tutor.* Planè monẽdum illud est hoc ipsum quod diximus furorem impedire ne matrimonium contrahatur, tũc verè dici, cùm alteruter eorum qui coire volunt, in furore est, nõ etiã si furiosus sit ille in cuius alteruter coniugum sit potestate. Quamuis enim diximus iustas nuptias contrahi non posse quin consentiant non ij solùm qui coeunt, sed illi etiam qui coeuntes in potestate habent *l.* 2. *D. de rit. nupt.* Differentia tamen ea est inter horum & illorum consensum, quod matrimonium nullomodo contrahi potest sine expresso coeuntium consensu, siue verbis, siue facto & ipsa vxoris in mariti domum deductione consensus ille declaretur, Eorum verò qui coeuntes in potestate habent consensus plerumque hoc ipso interuenire intelligitur, quod non dissentiunt, quẽadmodũ pluribus docuimus & demonstrauimus ad pręcedentis Princ. *illat.* 5. *& vlt.* vbi inter cæteros casus in quibus id euenit hunc quoque addidimus, si filij aut filię nuptias contrahentis pater furiosus sit. Ex *l. si furiosi* 25. *C. de nupt. iunct. l. tam dementis* 28. *C. de episc. audient.* quibus etiam ex locis apparet quæcunque de furiosis diximus, etiam de dementibus dicta intelligi oportere. Facit *l.* 4. *D. de diuort.*

Non semper intercidunt illa quę peruenerunt ad eum casum à quo incipere non potuerunt.

L. pro parte 11. *D. de seruit. l. quia in eũ casum* 16. *D. ad le. Aquil. l. existimo* 98. *De verb. oblig. l. in ambiguis* 85. *§* 1. *de regul. iu.*

Quæ ab initio constiterunt non facilè ex causa superueniente irrita fieri debent.

L. si furiosi 25. *C. de nupt. l. tam dementis* 28. *C. de episc. audient.*

L. 4. *D. de diuort.*

ILLA-

ILLATIO XV.

De matrimonio conualescente ob amissam mariti dignitatem, quæ impedimento erat.

DEcimoquintò ex eodem Principio fit, quod Vlp. scribit in *l. si quis senatorio 27. De rit. nupt.* Si quis in senatorio agens ordine libertinam vxorem habuerit, quamuis interim vxor illa non sit, tamen in ea esse condicione, vt si amiserit maritus dignitatem ipsa vxor esse incipiat. Nempe quod consensus ille qui ab initio ad contrahendas nuptias interuenit, licèt nullam eo tempore vim & potestatem habuerit, tanquam præstitus contra leges, nunc tamen cessante impedimento renouari intelligitur hoc ipso quod eadem mulier sub nomine & dignitate vxoris in domo retinetur. Nam quemadmodum sufficeret deductam esse vxorem à marito ipso in mariti domum ad hoc vt dubitari non posset quin mutuo consensu de quo aliter non constaret matrimonium contractum videretur, ita & ad eundem consensum exprimendum sufficit eam quæ ab initio malè ac contra leges in mariti domum deducta fuit in eadem domo permittentibus legibus retineri. Quemadmodum etiam euenit cùm minor annis duodecim ducta in domum viri postea in eadē domo annum duodecimum cōpleuit. Cōstat enim ex eo tempore fieri eam vxorem legitimam *l. minorem 4. D. eod. tit. De rit. nupt. l. si vxor 13. §. si minor* D. *ad leg. Iul. de adult.* Quæ omnia proculdubio se aliter haberent si præter consensum aliud quidpiam necessarium esset ad iustas nuptias contrahendas. Indéque petenda etiam est ratio dubitandi apud Papinianum in *l. generali 34. §. vlt. De rit. nupt.* vbi scribit ille filiam Senatoris nuptias libertini secutam non ex eo fieri vxorē quod pater dignitate sua ceciderit, id est à Senatu motus sit. Is enim est, quem patris casum Papinianus vocat, vt & in *l. filiam 9. D. de Senator.* & Vlp. in *l. emancipatum 7. §. vlt. eod.* Videbatur autem patris casum nocere filiæ nubere, id est quemadmodum Senator vbi à Senatu remotus est Senator esse definit, ob idque ex eo tempore incipit libertinam vxorem habere posse, ita & filiam Senatoris à Senatu remoti desinere filiam esse Senatoris, vt proinde saltem ex eo instanti nuptias libertini non reluctantibus legibus sequi possit. Sed aliud Papiniani iudicium est ratione illa perleganti subnixum, quod quęsita dignitas liberis ex dignitate patris, non idcirco liberis aufferenda sit, quod eam pater ipse amiserit. Quam rationem non perceperunt, qui negationem à Papiniano positam in illis verbis *aufferenda non est* delendam putauerunt. Nam si liberis quæsita dignitas propter crimen patris esset aufferendā, inciperet vtique Senatoris filia vxor iusta esse libertini, ex quo tempore pater Senator esse desiisset, cùm oratione Diui Marci ad quam senatusconsultum quoque factum est ea demum mulier libertino nubere prohibeatur, quæ sit filia Senatoris *d. l. oratione 16. in princip. eod. tit. De rit. nupt.* aut etiam neptis proneptisve *l. semper 42. §. 1. eod.*

L. si quis in senatorio 27. D. hoc tit. De rit. nupt.

L. minorem 4. eod. tit. l. si vxor 13. §. si minor D. ad leg. Iul. de adult.

L. generali 34. §. vlt. D. hoc tit. De rit. nupt.

L. filiam 9. D. de Senat.

l. emancipatum 7. §. vl. eod.

L. semper 42. §. 1. D. hoc tit.

ILLATIO XVI.

De validandis nuptiis contractis aduersus mandata Principum.

DEcimosextò ex eodem Principio fit, vt etsi contra mandata Principum contractum sit matrimonium in prouincia, tamē post depositum officiū

si in eadem voluntate perseueratum fuerit, iustæ nuptiæ efficiantur posteàque nati ex eo matrimonio liberi iusti sint, & legitimi, vt Paulus scribit in *l. eos qui* 66. §. 1. D. *eo. tit.* *De rit. nupt.* Nēpe quia nouus cōsensus qui interuenit eo tēpore quo tollitur impedimentum, quod antea faciebat ne iustæ essent nuptię, nouas nuptias facit, cùm ad eas contrahendas nihil nisi nudus consensus requiratur. Nouas autem nuptias effici dicimus, nō veteres quæ iniustæ fuerant confirmari, quia non potest nouus ille cōsensus retrotrahi ad nuptias conualidandas, quandoquidem ea ratione fieret, vt ad tempus inhabile retrotraheretur. Ideóque non sic Paulus loquitur vt dicat liberos omnes ex ea coniunctione susceptos iustos effici, sed eos duntaxat qui postea nati sint, id est post sublatum impedimentum, quo subsistente, nec iustæ nuptiæ, nec iusti liberi esse potuerunt.

L. eos qui 66. §. 1. eod. tit.

ILLATIO XVII.

De filiofamilias ducente vxorem cogente patre.

DEcimoseptimò ex eodem Principio fit vt filiusfamilias vxorem ducere non cogatur *l. non cogitur* 21. *eod. tit.* *De rit. nupt.* quia scilicet nuptiæ sine consensu esse non possunt, Et tamen si filius patre cogente duxerit vxorem quam non duceret si sui arbitrij esset, non eo minus matrimonium contraxisse intelligatur, quod inter inuitos non contrahitur, quia maluisse hoc videtur, inquit Celsus in *l. si patre* 22. *eo.* id est quia non potest dici non consensisse filiū qui maluiteam vxorem ducere cogente patre, quàm nullam vt explicauimus ad Princ. 4. illat. 1. Cæterùm si filiusfamilias cùm nullam vxorem ducere vellet tandem aliquam duxerit cogente patre, matrimonium non erit, quia hoc casu verè dici potest velle non videri eum, qui obsequitur patris imperio *l. 4. De regul. iur.*

L. non cogitur 21. eod. tit.

L. si patre cogente 22. eo.

L. 4. de reg. iur.

ILLATIO XVIII.

De nuptiis præsumendis potiùs quàm concubinatu.

DEcimoctauò ex eodem Principio fit vt in liberæ mulieris consuetudine non concubinatus, sed nuptiæ intelligendæ sint, si non corpore quæstū fecerit, quemadmodum Modestinus scribit in *l. in libera* 24. *D. eod. tit.* *De rit. nupt.* Etenim cùm nuptiæ solo consensu contrahatur, videtur is consensus colligi satis & probari ex ipsa consuetudine, quoties ingenua & honestæ vitæ mulier ea esse proponitur, cuius consuetudinem vir habuit, Non solùm vt videtur præsumptio delicti, quæ semper vitanda est vulg. *l. meritò* 51. D. *pro socio.* Siquidem ingenuam & honestæ vitæ mulierem in concubinatu habere sine testatione hoc manifestum faciente non conceditur, quin stuprum committatur *l. 3. D. de concubin.* Sed etiam quia reipublicæ vtilior est ea interpretatio quę & iustam vxorem facit & iustos liberos ex ea coniunctione tanquam ex iusto matrimonio susceptos. Vt quemadmodum faueri solet nuptiis tam contractis quàm contrahendis vt ad eas faciliùs homines inuitentur, Ita & in eo faueatur vt in dubio & obscuro pro contractis habeantur, vbi nihil repugnat quominùs salua vtriusque cōiugis honestate ac dignitate ea interpretatio capi possit. Quod addere necesse est, vt ea exceptio comprehendatur quam Modestinus

L. in libera 24. eod. tit.

L. meritò 51. D. pro socio.

L. 3. D. de concub.

non

non prætermisit *si non corpore quæstum fecerit.* Nam neque honestum esset honesto viro eam vxorem habere quæ corpore quæstum fecisset, neque honorificum reipublicæ tam vilem personam sola iuris interpretatione admitti ad consortium iuris diuini & humani *arg. l. qua adulterium* 29. *C. ad leg. Iul. de adulter.* ne honesta interpretatio non honestæ personæ lucrum adferat *arg. l. si possessor* 52. *D. de hered. petit.* nec denique periculum est ne alioqui si hæc non sumatur interpretatio, stupri præsumptio capiatur, quandoquidem stuprum non committit qui mulierem quamuis ingenuam accipit in concubinam sine testatione si modo ea corpore quæstum fecerit *l. cum tabulis* 16. *§. quoniam stuprum. D. de his quæ vt indig.* de cuius loci sententia, quia corruptus & quod necessariò consequens fit, obscurus est, videnda sunt, quæ scripsi pluribus in *libr. Conectur.* Superioribus igitur consentaneum videtur, vt hodie sit abrogata supradicta Modestini sententia, postquàm sacrosancti Concilij Tridentini autoritate sancitum est vt non nudo consensu quemadmodum antea nuptiæ contrahantur, sed accedentibus præterea iis sollennitatibus quas in eam rem concurrere placuit, autoritate scilicet ecclesiæ præsentiáque parochi. Cùm enim omnia illa sint facti neque ex sola consuetudinis probatione probari possint quomodo consensus ipse si sufficeret probaretur, fatendum est nuptias hodie non præsumi sed probari oportere, Nisi vel antiquitas temporis vel quid aliud faciat vt præsumi debeat omnia sollenniter acta fuisse. *arg. l. sciendũ* 30 *De verb. obligat. l.* 1. *§. vlt. De aqua & aqua pluu. arc. l.* 3. *§. ductus aqua D. de aqua quot. & æst.* Hanc ipsam autem Modestini sententiam videtur iam olim abrogasse *Iustin. Nouell.* 74. *quib. mod. natur. filij effic. legit. cap.* 5. *§. quoniam*, vbi constituit, vt mulier, quæ in viri domo per multos annos stetit, non aliter legitima vxor fuisse intelligatur, nec legitimi ex ea suscepti liberi, quàm si probet legitimis modis acceptam se domi sub ea figura & promissione quod eam vir habiturus esset in legitimam vxorem. Idque ita constitui æquum sanè fuit, abrogata iam Christianis legibus & moribus diuortium licentia, quæ faciebat olim vt nuptiarum præsumptio minus damnosa esset, quæ nimirum nõ obstabat, quominùs diuortium fieri quandoque posset si alterutrum ex coniugibus eiusmodi consuetudinis pœniteret aut tæderet. Hodie verò sicut longè maioris momenti est matrimonium, quippe cuius vinculum vix alio vllo modo, quàm alterutrius coniugum morte dissoluatur, Ita difficiliùs nec nisi certissimis probationibus illud induci conueniens est, Maximè verò si viuo adhuc vtroque coniuge disputetur an matrimonium contractum sit necne. Soluto iam enim alterutrius morte matrimonio facilius ferri admittique potest vt coniuges iusti ac legitimi fuisse videantur, qui quandiu ambo vixerunt & pro talibus se inuicem habuerunt, & ab alijs haberi voluerunt, habitíque fuerunt, licèt matrimonij sollennitatúmque probationes deficiant, dummodò vel temporis antiquitas vel locorum distantia vel aliud tale adminiculum adsit quod probationum difficultatem & inducat & benigna præsumptione subleuandam esse suadeat. De quo tamen aliàs & commodiùs & fusiùs scribendum nobis erit.

L. cum tabulis 16. § quoniam stuprũ D. de his quæ vt ind.

Hodie post Concilium Tridentinũ non sufficit nudus consensus ad iustas nuptias contrahendas.

Nouell. 74. quib. mod. natur. effic. legit. cap. 5. §. quoniam.

Matrimonia hodie probanda sunt nõ præsumenda, Nisi in casibus.

ILLATIO XIX.

De adulterij rea nuptias contrahente ante damnationem.

DEcimononò ex eodem Principio fit, vt adulterij rea facta nec ante damnationem viuente marito vxor duci ab alio possit *l. reas adulterij* 26. *eod.*

tit. De rit. nupt. quia cùm adulterij rea in eo sit vt siue iure, siue iniuria iudicis de adulterio damnari possit (quis enim iudicij euentum semper dubium certò scire queat? *l quod debetur* 51. *D. de pecul.)* consequenter in ea quoque condicione est vt nuptiis consentire non sit ei integrum, quia si adulterij quandoque damnata esset, vtique per legem Iuliam de adulterijs alij vnquam nubere prohiberetur, adeò vt nec à marito ipso retineri posset *l. miles* 11. *§. vlt.* D. *ad leg. Iul de adult.* Idque significat Modestinus in *d. l. reas* iis verbis *nec ante damnationem*. Nam post damnationem ratio dubitandi nulla esset, quin legitimæ nuptiæ cum muliere adulterij damnata esse non possent. Subiunxit autem *viuente marito*, Duplici ratione, Et quia viuenti marito liberum est ab accusatione discedere, aut etiam abolitionem criminis impetrare quandiu non est vxor condemnata, & ita in matrimonio eam retinere quasi vana indignatione ad accusationem incitatus fuerit, nisi tam certò & apertè adulteram sciat, vt ignorantiam simulare non possit, vt ait *l. sine metu* 17. *C. eod. l. generali* 34. *§. ream adulterij D. de rit. nupt.* Et quia si maritus ante sententiam decederet, nihil prohiberet quominùs mulier alij nubere posset, quippe quæ nec damnata esset, nec in eo vt damnari vnquam posset, nemine superstite qui ius haberet accusationis persequendæ præsertim quam maritus iure mariti instituisset *l. 3. §. vl. D. de accusat.* Nec enim obstaret mulieri quòd etiam defuncto marito, adulterij rea ab alio quolibet postulari potest intra triginta dies vtiles *d. §. vlt. & d. l. miles* 11. *§. defuncto* D. *ad leg Iul. de adult.* quia numquam ob id solùm impediri possunt nuptiæ quòd accusari mulier possit, quandiu nemo accusat cùm non facilè sperandum sit futurum vt velit quis ad eam accusationem prosilire quæ non propriæ, sed alienæ iniuriæ vindictam contineat *arg. d. l. miles §. socer*, nec rursum de mulieris quæ à nemine accusetur pudicitia & moribus temerè suspicandum. Iuxta illud verbum Domini, Quis te accusat?

L. miles 11. §. vlt. D ad leg. Iul. de adult.

L. sine metu 17. C. eod. l. generali 34. §. vlt. D. hoc tit.

L. 3. § vl. D. de accusat.

§. defuncto d. l. miles.

§. socer eiusd. leg.

ILLATIO XX.

De sollennitate repudij & diuortij.

VIcesimò ex eodem Principio fit vt mulier quæ semel consensit nuptijs viri vsque adeò nupta sit vt nec repudiare nec repudiari possit nisi misso sollenniter & ex lege repudio, id est vsurpata ea formula, quæ in diuortiis erat vsurpanda De qua in *l. 2. D. de diuort.* Lex enim Iulia de adulterijs credens esse ex reipublicæ dignitate & vtilitate vt benè contracta matrimonia retineantur, voluit pro infecto haberi diuortium, quod non certo modo factum esset *l. vnic. in fin. D. vnd. vir. & vxor.* Itaque perinde nupta esse intelligitur mulier acsi diuortium nullum intercessisset, ob idque nec alij nubere potest ea persona quæ non ex lege repudium misit *l pen* D. *ad leg. Iul. de adult* in cuius tamen fine quod scribitur *quamquam dicendum ne is qui sciret eam ex lege repudiatam non esse, dolo malo committat* mendosum videtur, & suppletione aliqua indigere nisi quis malit pro *dicendum* reponere *videndum*, vt & facilis & bonus sensus ille sit, Vix credendum esse dolo carere illum qui vxorem eam ducat quam sciat ex lege ritéque repudiatam non esse.

L. 2. D. de diuort.

L. vnic. in fin. D. vnde vir & vxor.

L. pen D. ad leg Iul. de adult.

ILL.

ILLATIO XXI.

De nuptijs simulatis.

VIcesimoprimò ex eodem Principio fit vt simulatæ nuptiæ nullomodo nuptiæ dici possint, nec pro nuptiis haberi *l. simulata 30. D. de rit. nupt.* Nimirum quòd careant consensu isto ex quo nuptiæ æstimantur. Quid enim tam contrarium est consensui quàm simulatio? Quid tam diuersum, & planè aliud ab eo quod reuera agitur, quàm id quod simulatè concipitur? *l. 1. & tot. tit. C. plus valer. quod agit. quàm quod simulat. concip.* Vt non sine causa Baldus ad eum locum scripserit, id quod simulatum est habere imaginem quandam falsi cùm non contineat medullam veritatis. Itaque non abs re toto iure nostro ita comparatum est vt simulata pro infectis habeantur, *l. si ex precio 6. C. si cert. pet. l. cum ea 21. C. de transact.* tanquam eo consensu destituta ex quo facta dictáque omnia sunt æstimanda. Inde namque contractus omnes iure gentium ceperũt originem *l. iuris gentium 7. D. de pact. l. ex hoc iure 5. De iust. & iur.* inde publica etiam fides quæ & bona appellatur. Pendet enim tota ex eo vt quod promissum est fiat *l. bona fides 31. D. deposit.* facit *l. 1. D. de pact. l. 1. D. de constit. pecun. l. 1. D. locat.* Non autem promissum intelligitur nisi quod re vera actum est vt præstaretur, Vnde illud etiam est quod habet iuris regula, Semper in stipulationibus cæterísque contractibus sequi nos debere id quod actum est si de illo appareat *l. semper in stipulationibus 34. De reg. iur.* Item quod Modestin. scribit in *l. contractus 54. De obligat. & action.* contractus imaginarios etiam in emptionibus, quæ tamen omnium facillimè contrahuntur, sicut & cæteræ obligationes quæ consensu solo constant, iuris vinculum non obtinere. Imaginarios enim contractus non alios Modestinus intelligit quàm simulatos, vt sequentia illa ostendunt *cùm fides facti simulatur non intercedente veritate.* Quo etiam sensu imaginaria ista venditio & simulata dicitur nuda in *l. nuda 55. D. de contr. empt.* quippe quæ destituta sit eo consensu ex quo vim, & vt ita dixerim, calorem accipere deberet ad producendam obligationem. Eodémque pertinet quod dici solet, imaginariam & simulatam venditionem non esse quæ fiat precio accedente *l. imaginaria 16. De regul. iur.* quoniã nimirũ consensus ille qui ad contrahendam emptionem necessarius est, circa precium potissimum versatur *l. 1. l. 2. §. 1. l. pacta conuenta 72. D. de contr. empt.* Hoc ita tamen nisi simulatè quoque ac dicis causa precium interuenerit, vt in specie *l. cùm in vẽditione 36. l. si quis donationis 38. eod. tit. l. si quis conduxerit 36. D. locat. l. si quis ante 10. §. vl. D. de acq. poss.* Sic & imaginarius emptor dicitur, qui suppositus est & simulatus *l. & qui sub imagine 10. C. de distract. pignor.* & apud Paulum *lib. 2. sent. tit. 13. §. 4.* Sic & locatio simulata dicitur quæ fit donationis causa, puta vno nummo *d. l. si quis conduxerit 46. D locat.* itémque simulata transactio in *d. l. cum ea 21. C. de transact.* & simulata donatio quæ donandi animum non habet *l. si præses 8. C. de donat.* qui tamen locus vereor ne sit mancus & ita supplendus vt in legis fine legamus *quod fides veri suggesserit id exsequetur*, alioqui nihil erit quod referri possit ad præsidem, de quo tamen præcedentia omnia sunt, & ad quem proculdubio referendum est verbũ illud *suggesserit* quod immediatè præcedit. Supplendũ enim est *religioni præsidis* vt nemo nõ videt. Potuítq; facilè nasci error ex eo quod paucioribus literis vt plerúmque fit scriptum esset *exsᵗ.* pro *exsequetur*. Tãta verò vis est veritatis rei gestę vt nõ solũ ijs præualeat quę simulatè dicta sũt, sed iis etiã quę simulatè scripta probẽtur, vt quis sibi rẽ

L. simulata 30. D. hoc tit. De rit. nupt.
L. 1. & tot. tit. C. plus valer. quod agit. quàm quod simul. concip.
L. iuris gentium 7. D. de pact. l. ex hoc iure 5. De instit. & iur.
L. semper in stipulationibus 34. De regul. iur.
L. contractus 54. De obli. & action.
L. nuda 55. D. de contr. empt.
l. imaginaria 16. De reg. iur.
L. cùm in vẽditione 36. l. si quis donationis 38. De contr. empt.
L. & qui sub imagine 10. C. de distract. pign.
L. si quis cõduxerit 46. D. locat.
L. si præses 8. C. de don.

emens nō alteri tamen alterius nomen pro suo in tabulis emptionis inscribi voluerit. Non enim eo minus sibi acquisiuisse videbitur *l. cum propria* 5. *& seq.* C. *si quis alter. vel sib.* Nec valde dissimile est quod Iauolenus scribit in *l. in omnibus rebus* 55. *De oblig. & act.* In omnibus rebus quæ dominium transferunt concurrere oportere affectum ex vtraque parte contrahentium. Nam siue ea venditio, siue donatio, siue conductio, siue quælibet alia causa contrahendi fuit nisi animus vtriusque consentiat, perduci ad effectum id quod inchoatur non posse: quod & à Pomponio licèt alijs verbis proditum est in *l. in omnibus negotijs* 37. *eod.* Quænam autem differentia sit inter simulationem & dissimulationem, quam vtique non ignorant qui in latina lingua sunt versati ostendit versiculus ille non inelegans:

L. cùm propria 5. *& seq. C. si quis alter. vel sibi.* *L. in omnibus rebus* 55. *D. de oblig. & act.* L. *in omnibus negotijs* 37. *eod.*

Quod non est simulo, dißimulóque quod est.

ILLATIO XXII.

De *patrono inuitam libertam vxorem ducere volente.*

VIcesimosecundò ex eodem Principio fit vt inuitam libertam vxorem ducere patronus non possit *l. inuitam* 28. D. *de rit. nupt.* Nam cùm patronatus non faciat quominùs liberta sit libera, quippe quæ à libertate ipsa nomen acceperit, illud etiam consequens est vt non possit patronus libertam cogere vt vel sibi vel alii inuita nubat, quia liberæ personæ libera quoque voluntas est & esse debet, præsertim verò cùm de contrahendo matrimonio agitur *l. neque ab initio* 14. C. *de nupt. l. si cogente* 22. in illis verbis *matrimonium quod inter inuitos non contrahitur. D. eod.* Coacta enim voluntas consensum non habet saltem liberum, Ex quo illud etiam fit vt quæcunque metus causa gesta sunt ea nullo tempore rata per prætorem habeantur *l. si mulier* 21. §. *quod metus causa* D. *de eo quod met. caus.*

L. inuitam 28. D. hoc tit. De rit. nupt. *L. neque ab initio 14. C. de nupt. l. si cogente 22. D. eod.* *L. mulier 21. §. quod metus causa D. de eo quod met. caus.*

ILLAT. XXIII.

De Senatore ducente libertinam ex indulgentia Principis.

VIcesimotertiò ex eodem Principio fit quod Vlp. scribit in *l. si Senatori* 31. *eod. tit. De rit. nupt.* si Senatori ex Principis indulgentia permissum sit libertinam vxorem iustam habere, posse illam esse iustam vxorem, quia cùm nihil aliud impediret ne vxor iusta esse posset, nisi quod Senator talibus nuptijs consentire prohiberetur, apparet sublato impedimento per indulgentiam Principis, consensum interuenire, & consequenter iustas nuptias contrahi posse.

L. si Senatori 31. D. hoc tit. De rit. nupt.

ILLATIO XXIV.

De *muliere reuersa ad eundem virum, à quo priùs discesserat.*

VIcesimoquartò ex eodem Principio fit vt verum sit quod plerique opinantur & Marcellus probat in *l. plerique* 33. *eod. tit.* cùm eadem mulier ad eundem virum reuertitur, idem esse matrimonium quod priùs fuit, si non multo tempore interposito reconciliati fuerint, nec inter moras aut illa alij nupserit, aut hic aliam vxorem duxerit, maximè si nec dotem vir reddiderit,

L. plerique 33. eod. tit.

Nimirum

Nimirum quia hoc casu pristinus consensus qui nuptias fecerat durare adhuc videtur cùm ea quæ fiunt incontinenti inesse videantur *l.7. §. quinimò D. de pact.l.lecta* 40.*D.de reb.credit.* Nec tam diuortium hoc casu intercessisse videtur quàm iurgium & fribusculum *l.quod si* 31. *D.de iur. dot. l. cùm hic status* 32.*§.quòd si diuortium* 12.D.*de donat.int.vir.& vxor.* quia scilicèt non adfuit animus constituendi perpetuam dissensionem, sine quo tamen animo verum diuortium esse non potest *l.3.*D.*de diuort.* sicut è contrario non contrahitur matrimonium nisi adsit animus perpetuam constituendi voluntatum consensionem, id est ad mortem vsque cùm hac de causa definiantur nuptiæ consortium omnis vitæ *l.1.D.de rit. nupt.* iunct. *l.1.* in illis verbis *in perpetuum, id est dum viuunt* D. *pro socio.* Qua etiam ratione dicimus dotis causam esse perpetuam denique dotem ab vxore animo illo & voto, vt perpetuò sit penes vxorem *l.1.D.de iur. dot.* Est verò naturale hoc vt matrimonium dissoluatur eo modo quo est colligatum *arg.l.nihil tam naturale* 35.*De reg.iur. l. prout* 80. *D. de solut.* Nisi quod solus dissensus non dissoluit matrimonium quod solo consensu fuerat contractum, sed certis conceptisque in eam rem verbis opus olim quoque fuit, certóque modo ex legibus præscripto mittendum repudium, vt vxor legitimè repudiata verùmque diuortium intercessisse videretur, vt suprà diximus ex *l.2.D.de diuort.l.vnic.in fin.D.vnd.vir & vxor.l.penult. D. ad leg. Iul.de adult.* Videlicèt quod publicè interesset matrimonia sicut facilè contrahi, ita & contracta retineri, nec perinde facilè dissolui.

L.quòd si 31. D.de iur. dot.

L.cùm hic status 32. §. quòd si diuortium D. de donat. int. vir. & vxor.

L.3.D.de diuort.

L.1.D.hoc tit.De rit. nupt.

L.1.D.de iur.dot.

L.2.D.de diuort.l.vnic.in fin.D. vnde vir & vxor.

L.pen.D.ad leg.Iul.de adulter.

ILLATIO XXV.

De nuptijs contractis post generale patris mandatum de marito filiæfam.quærendo.

VIcesimoquintò ex eodem Principio fit quod Papin.respondit in *l.generali* 34.*eod.tit.De rit.nupt.* Generali mandato quærendi mariti filiæfamilias, non fieri nuptias, sed esse præterea necesse mariti personam demonstrari patri qui nuptijs consenserit, ad hoc vt nuptiæ contrahantur. Siquidem fieri facilè potest, vt pater qui filiæ nuptiis generaliter consentiat, nolit tamen huius vel illius mariti condicionem filiæ quærere, cùm ex moribus, facultatibus, & dignitate mariti aliter atque aliter id constituendum sit, & de dotis quantitate decernendum *l.quæro* 60.*cum seq.l.cùm post* 69.*§.gener & seq.* D.*de iur.dot.* Itaque cùm ita comparatum sit, vt non aliter nuptias cōtrahere possit filia in potestate patris constituta, quàm si patris quoque consensus & autoritas accedat, vt diximus *Princip.*4. consequens est vt non possint valere nuptiæ, quas filia sine patre contraxerit, quamuis generale præcesserit mandatum quærendi mariti quasi non interuenerit consensus ille qui in contrahendis nuptiis necessarius fuit, cùm ad hanc rem non minùs necesse sit patris quàm ipsius filiæ nubentis consensum interuenire. Quod enim dicimus nuptias fieri ex solo consensu, non de illorum duntaxat, qui coeunt consensu accipiendum est, sed ad eos quoque referendum in quorum potestate sunt illi qui coeunt *l. 2. eod. tit. De rit.nupt.*

L generali 34. hoc tit. De rit.nup.

L.2.D.eod.

ILLATIO XXVI.

De liberta patrono nupta quæ inuito eo alij nubere velit.

L. in eo iure 45. in princip. eod. tit.

VIcesimosextò ex eodem Principio fit vt liberta patrono nupta inuito eo alij nubere non possit *l. in eo iure 45. in princip. eod. tit. De rit. nupt.* quia cũ semel nuptiis patroni consenserit nec ei liberum sit ab eo consensu resilire, nisi patronus prior dissentiat, aut vt meliùs dicam volenti dissentire libertæ consentiat, in reuerentiam scilicet iuris patronatus, tantique accepti beneficij, necesse est manente priore consensu manere quoque nuptias ex eo consensu contractas, atque ita prohiberi libertam alteri nubere, cùm eodem tempore duobus nupta esse non possit, vt diximus ad *Princip. 3. illat. 20. supr. eod.* Inuitum autem patronum hîc eum intelligimus, non solùm qui dissentiit, sed & qui non consentiit ad diuortium, vt interpretatur Vlp. in *d. l. in eo §. deinde*, vbi ex hoc infert libertam nec si à furioso diuertat soluere tamen se posse legis necessitate, id est assequi vt cum alio connubium habere possit, Nec si ab ignorante inquit, supple *furioso* diuerterit. Rectiùs enim hic inuitus dicitur, quàm qui dissentit. Hîc scilicet, non qui ignorat vt vulgo interpretantur, sed qui est furiosus quantumuis præterea ignorans. De illo enim solo Vlp. loquitur non de alio patrono minimè furioso quo ignorante liberta diuerterit: Falsum siquidem est inuito me fieri quod fiat me ignorante, cùm penitus ista differant *esse inuitum* & *esse ignorantem l. 4. §. 3. D. de fideic. libert. l. qui potest 26. De regul. iur.* sicut & aliud est nolle, aliud non velle *l. 3. eod.* itémque aliud *velle* aliud *non nolle l. 1. §. scientiam D. de tribut. act.* Cur verò dicitur rectiùs inuitus furiosus qui dissentire non potest quàm qui expressim dissentit? Hoc enim sanè mirum videtur. Sed ratio est quia qui dissentit licèt non consentiat, (nam & plus est *dissentire* quàm *non consentire*) tamen consentire posset si vellet, At furiosus nec consentit nec consentire potest etiam si vellet, quia neque velle potest. Quare nec eo minùs pro inuito habendus est, quod ignorauerit, cùm nihil planè referat an sciat ille an ignoret, vt diximus *illat.* 14. Obseruandum tamen est aliam hac parte rationem esse sponsæ, aliam nuptæ, vt Vlp. monet in *d. l. 45. §. hoc caput*, quia lex odiosa & iuri communi contraria non fuit adiuuanda interpretatione *arg. l. hoc modo 64. De condict. & demonstr.*

§. deinde d. l. in eo.

Aliud est inuitum quẽ esse, Aliud esse ignorantem, Aliud nolle, Aliud non velle, Aliud velle, aliud nõ nolle.

d. l. in eo iure §. hoc caput.

ILLATIO XXVII.

De liberta quæ patroni sui filio nupsit, & postea vult alij nubere.

VIcesimoseptimò ex eodẽ Principio fit vt non aliud iuris sit in ea liberta quæ patroni sui filio nupserit, id est vt perinde inuito eo nubere alij prohibeatur, quia lex Iulia quæ prohibet ne inuito patrono possit diuertere, licèt non nisi de patrono locuta sit, sic tamen accepta est vt quod iuris daretur patrono, idem patroni filio ex sententia legis accommodetur *l. filio patroni 48. in princip. D. de rit. nupt.* ac proinde cùm per legem cogatur liberta in eo consensu perstare quem tunc præstitit cùm nupsit filio patroni, relinquitur vt alij nubere non possit. E contrario autem si ignominiosam libertam suam vxorem patronus duxerit, placet non habere illum hoc legis beneficium, quia contra legem sit maritus, vt in ead. lege subiicit Iurisconsultus.

L. filio patroni 48. in princip. D. hoc tit.

Cessante

Cessante namque beneficio legis liberum est mulieri huic sicut & cæteris omnibus diuortium facere, atque ita consequi vt matrimonium dissoluatur deficiente consensu quo primùm fuerat constitutum. Cauendum tamen est ne nos decipiant verba illa Iureconsulti *quia contra legem maritus sit.* Videntur enim contradictionem implicare, cùm fieri nequeat vt matrimonium, quod nihil aliud quàm legitima coniunctio est, cōtra legem ineatur, nec proinde vt sit maritus quisquam contra legem, & ipsis legibus inuitis. Et sanè fatendum est maritum hunc non esse qui talem vxorem duxerit quamuis libertam suam, qualem ducere per legem prohibebatur *§. si aduersus ea infr. hoc tit.* ac proinde minùs propriè locutum Iureconsultum cùm ita dixit *maritus sit*, pro eo quod voluit significare matrimonium de facto magis quàm de iure contractum fuisse. Dices fortasse beneficium legis in eo elucere vt non possit liberta diuertere ab inuito patrono, filióve patroni, vt proxima illatione diximus ex *l. in eo iure 45. §. deinde eod. tit.* nihil autem esse quod de diuortio & repudio possit tractari nisi subsit matrimonium adeóque quod non facti tantùm sit sed etiã iuris *l. 4. in fin.* D. *de diuort.* Respondeo legis verba non ea fuisse vt liberta diuertere prohiberetur, sed vt inuito patrono cui nupsisset alij nubere non posset, vt refert Vlpianus in *d. l. in eo iure.* Igitur cùm dicimus patronum qui contra legem Iuliam ignominiosæ libertæ se coniunxerit ad hoc legis beneficiũ admitti non debere, non illud volumus posse illam diuertere (cur enim diuortio egeat dissoluendi matrimonij gratia quod numquam constiterit?) sed hoc significamus posse hanc inuito quoque patrono alij nubere quia cùm nec ipsi patrono nupta sit, nec nupta esse contra leges possit, verendum non est quod alioqui fuisse euenturũ suprà diximus ne duobus nupta esse videatur, nec quicquam causæ est cur cogi debeat in eo perstare consensu qui nuptias facere & constituere numquam potuerit propter legis prohibitionem.

Maritus cõtra leges nemo esse potest.

L. 4. in fin. D. de diuor.

d. l. in eo iure 45. D. hoc tit.

ILLATIO XXVIII.

De nuptijs ancillæ quæ matrimonij causa fuerit manumissa.

Vicesimooctauò ex hoc eodem Principio fit vt ancilla matrimonij causa manumissa à nullo alio vxor duci possit quàm à quo manumissa est, nisi patronus matrimonio eius renunciauerit *l. matrimonij 51. eod. tit. De rit. nupt.* Nempe quia cùm nisi consensu interueniente nuptias contrahere non possit, nec rursus consentire nisi beneficio acceptæ libertatis quam tamen patronus ei daturus non fuerat si non de illa sibi ipsi per matrimonium coniungenda cogitasset, æquum sanè est iuríque consentaneum vt ipsius patroni voluntas ante omnia exquiratur, id est priusquàm de illo quæri oporteat, an alterius nuptiis consentire liberta, non dicam velit, sed possit, ne alioqui fraudetur patronus eo fine, sine quo non fuit ancillam manumissurus *arg. l. vltim. §. vltim. D. quar. rer. act. non det. l. vltim. Cod. de pact. int. emption. & vendit. l. 5. §. penult. D. de doli except.* Nec de eo conqueri potest liberta, quæ scilicet libertatem hac lege acceperit, sine qua nec alterius nuptiis consentiendi nec à patrono dissentiendi, aut de ipso conquerendi facultatem nunc haberet, quippe quæ serua mansisset atque ita de nuptiis tractandum nihil habuisset *ar. l. 4. Cod. de obseq. patron. præst.* in illis verbis *ei qui te beneficio suo ex seruitute liberando vt aduersarium te haberet fecit. l. filio 7.* ibi *an imputare sibi debeant qui dederunt eis postulandi aduersum se facultatem* D. *vt legat. seu fideicommiss.*

L. matrimonij 51. eod. ti.

L. 4 C. de obseq patron.

nomin.caueat. Indéque est vt si ea liberta proponatur quæ ex causa fideicommissi manumissa sit, quamuis eidem patrono nupta non eo minùs ab eo diuertere possit aliique nubere inuito etiam patrono quia nimirum ferendus non sit is qui ex necessitate manumisit non suo arbitrio si tantundem iuris hac parte in libertam habere velit quantum haberet si eam vltrò manumisisset, cùm libertatem debitam ei præstitisse magis quàm beneficium vllum in eam contulisse videatur *l.proximè* 50.*De rit.nupt.*

L. proximè 50. D. hoc tit. De ritu nupt.

PRINCIPIVM VI.

De naturali iure ac pudore in matrimoniis inspiciendo.

L.adoptiuus 14.§.seruiles in fin.D.hoc tit. De ritu nupt.

IN *contrahendis matrimoniis naturale ius & pudor inspici debet l. adoptiuus* 14. *§.seruiles in fin.D.de rit.nupt.* Nam cùm matrimonium sit iuris naturalis *l.1. §.ius naturale De iustit.& iur.* nec nisi iure, ratione, & pudore differat ab ea coniunctione, quæ inter belluas est maris, & fœminæ, omnino consequens est, vt naturalem pudorem per matrimonium violari nunquam oporteat, nec publicam honestatem.

ILLATIO I.

De seruilibus cognationibus matrimonium impedientibus.

d. §.seruiles in princip.

§. illud certũ est hoc tit.

l.3. C. solut. matrim.

§. idem tamẽ d.l.adoptiuus.

EX hoc Principio illud primũ fit quod Paulus scribit in *d.l.seruiles*, seruiles quoque cognationes in matrimoniis inspici vt perinde acsi inter personas liberas contractæ essent, impediant ne matrimoniũ contrahatur, quod & scriptum est in *§. illud certum est Instit.hoc tit.* Igitur seruus manumissus matrẽ suam etiam manumissam vxorem ducere non poterit, nec proinde sororem, nec sororis filiam, quia & inter liberas personas huiusmodi nuptiæ impedirẽtur. Idem è contrario dicendum est, vt pater filiam non possit ducere si ex seruitute manumissi sint, etsi dubitetur patrem esse, inquit Paulus ibidem, id est quamuis non possit certò sciri an hic sit pater, cùm certus pater nullus sit nisi quem nuptiæ demonstrant *l.quia semper* 5.D.*de in ius vocand.* nuptiæ autem inter seruos esse non possint. In quo supra monuimus aliam esse rationem patris, aliam verò matris quæ semper certa est. Nam & inde est quod qui in seruitute suscepti sunt licèt in figura matrimonij puta ex ijs qui vulgo fallóque liberi putabantur, ἀπάτωρες appellantur, id est sine patre *l.3.C.solut.matr.* Sanè quod sequitur apud Paulum, *Vnde nec vulgo quæsitam filiam pater naturalis vxorem ducere potest*, quàm malè & ineptè dictum sit ostendimus apertissimè ad *Princip.*1. huius tituli & monuimus ob eam causam imperito alicui interpreti potiùs quàm Paulo tribui oportere, Nisi fortè malumus adscribere Triboniano, quem video de suo adiecisse quod sequitur in *§.idem tamen*, Scilicet in seruilibus quoque adfinitatibus idem seruandum esse quod in seruilibus cognationibus constitutum est., Veluti, inquit, vt eam quæ in contubernio patris fuerit, quasi nouercã non possim ducere, Et cõtrà eam quæ in cõtubernio filij fuit patrẽ quasi nurũ non ducere, Aequè nec matrem eius, quam quis in seruitute habuit, quasi socrum. *Cùm enim seruilis*, inquit, *cognatio intelligitur, quare non*

non & adfinitas intelligatur? Sed in re dubia certius & modestius est huiusmodi nuptijs abstinere. Hæc verò verba sunt quæ Tribonianum prodere mihi videntur. Non enim bona ratiocinatio est à cognatione ad affinitatem. Cognatio etiam inter seruos aliqua est, quia cognationis nomen naturale est *l.4.§.cognationis l.iurisconsultus* 10.*§.inter agnatos D.de gradib.& adfin.* adfinitatis verò nomen est ciuile, cùm adfines non alij sint, quàm viri & vxoris cognati, dicti ab eo quod duæ cognationes quæ diuersæ inter se sunt, per nuptias copulantur & altera ad alterius cognationis finem accedit, Námque coniungendæ adfinitatis causa fit ex nuptiis, inquit Modestinus in *d.l.4.§.sed quoniam eod.tit.* Atqui nuptiarum nomen est ciuile vt nemo nescit. Ergo & adfinitatis. Cui conuenit quod idem Modest. addit in *d.l.* 4.*§. sciendum* adfinitatem esse non posse nisi nuptiæ interdictæ non sint, ex quibus scilicet solis adfinitas coniungitur. Atqui inter seruos nuptiæ esse nullomodo possunt: Ergo nec adfinitas. At quia cognationis nomen naturale est, non parcimus his nominibus, id est cognatorum etiam in seruis, Itaque parentes filios fratrésque, & denique cognatos seruorum dicimus, vt ait Paulus in *d.l.*10.*§.non parcimus eod. tit.* Nec est contrarium quod adfinitatis & cognationis ratio eadem constitui videtur in *d.§.sciẽdum*, vt scilicet neque hęc, neque illa esse possit nisi nuptię non sint interdictę. Id enim ad cognationem paternam duntaxat pertinet quæ magis speciali nomine agnatio appellatur non ad maternam vt constat ex *d.§.cognationis*, id est ad ciuilem cognationem, non ad naturalem, vt eiusdem Modestini verbis vtar, Quod & probatur apertissimè ex *l.* 2. *& l.* 4. D. *vnd. cognat.* Et hoc est quod Tribonianum coegit vt post malam ratiocinationem illam à se factam à cognatione ad affinitatem, subiecerit verba illa, *Sed in re dubia certius & modestius est.* Quid enim hîc erat dubij? Nisi quod contra veterem omnem iurisprudentiam Tribonianus ex suo ingenio inducebat vt inter seruos cognationis exemplo adfinitas quoque aliqua esse intelligeretur: quod tamen videbat ille tam nouum & alienum esse à iuris ratione, vt non facilè sperare posset futurum vt ea sententia vnquam reciperetur: cùm nec facilè à prudentibus illud recipi potuerit vt seruilis cognatio aliqua esse videatur *l.* 1. *§. pertinet* D. *vnd. cognat.* quamuis ipsum cognationis nomen naturale sit, vt diximus, non ciuile. Adeò serui pro nullis habentur non tantùm iure ciuili *l. quod attinet* 32. *De reg.iur.* sed etiam prætorio *l.qui testamento* 20. *§. seruus quoque D. qui testam. fac.poss.l.nullomodo* 7.*D.ad leg.Cornel.de fals.* Ex quo illud etiam est quod Paulus ait in *d.§.non parcimus*, seruiles cognationes ad leges non pertinere, id est, neque ad ius ciuile ad quod pertinent cognationes per masculos constitutæ, quas diximus vocari agnationes, neque ad ius prætorium cuius solius indulgentia cognationes merè naturales cœperunt habere ius succedendi ex nouo edicti capite Vnde cognati *d.l.1.in princip.* D. *vnd. cognat.* Quod apertiùs expressit Iustin. in *tit. De seruil.cognat.in princip. & in l.3.C.de bon.libert.§.illud* 10. vbi non illud solum scribit, quod modò diximus, ad seruiles cognationes non pertinere illam partem edicti qua proximitatis, id est cognationis nomine bonorum possessio promittitur, sed addit etiam rationem *nam nec vlla antiqua lege talis cognatio computabatur.* Quibus verbis vtrumque ostendit & cognationem aliquam inter seruos quoque fuisse, & tamen nullam ipsius non magis quàm seruorum rationem haberi potuisse, An ergo volumus licuisse vnquam patri vxorem eam ducere quæ in filij contubernio fuisset, aut matrem

Triboniani manus.

L.4.§.sed quoniam D. de grad. & adfin.
§ sciendum d.l.4.

l.Iurisconsultus 10.§. non parcimus eod.tit.

L.4.§.cognationis eod.
L. 2.& 4. D.vnd.cog.

L.1.§.pertinet eod. tit. vnd. cogna.

d. §.non parcimus.

Tit.De seruil.cognat.
L.3. §.illud 10.C.de bon. libert.

eius quam in contubernio habuisset? Minimè verò, non magis quàm vt seruus manumissus matrem suam, aut sororem sororísve filiam ducere posset. At non ratione illa quòd seruilis aliqua cognatio, aut adfinitas esset, quæ huiusmodi nuptias iure impediret (si quis enim ita diceret, fateretur seruiles cognationes aliquo casu ad leges etiam ciuiles pertinuisse quod falsùm est) sed quia non omne quod licet honestum est *l. non omne* 144. *De regul. iur.* semper autem in coniunctionibus non tam quid liceat, quàm quid honestum sit inspiciendum est, vt sequenti illatione dicemus ex *l. semper* 197. *eod. l. semper* 41. D. *rit. nupt.* Nemo autem dixerit honestum esse, vt possit quis matrem suam vxorem ducere ob id solum quòd in seruitute susceptus sit, aut eam quæ in filij sui contubernio fuerit, aut cuius matrem in contubernio ipse habuerit: Neque puto id vnquam apud prudētes dubium fuisse, sicut nec illud quod dicimus, inter seruos adfinitatem nullam esse potuisse. In eóque apertè ac dupliciter errauit Tribonianus, cùm scripsit *in re dubia certius & modestius esse ab huiusmodi nuptiis abstinere.* Rem enim dubiam intellexit non an ab huiusmodi nuptiis abstinendum esset, de quo numquam apud prudentes dubitatū fuisse legimus, sed an sicut cognatio naturalis ita & adfinitas aliqua etiam inter seruos esse intelligeretur: de quo tamen nec vllus vnquam dubitauit. Incōgruè igitur & ineptè subiicit *certius esse & modestius ab huiusmodi nuptiis abstinere.* Debuit enim dictionem illam *certius* referre ad id quod antè dixerat esse dubium non ad id quod semper fuit certissimum: Nec erat necesse ad huiusmodi nuptias prohibendas inducere adfinitatem inter seruos inuita iurisprudentia, cùm nulla quoq; adfinitate interueniēte nō eo minùs naturalis pudor sufficere potuisset, & debuisset, vti ne tales nuptiæ permitterētur quas pudoris ac mode stiæ ratio sola prohiberet. Eandē Triboniani manū etiā iudicio meo detegit cōiūctio huius §. *cum præcedēte:* facta scilicet per aduersatiuā *tamen,* quasi subiiceretur aliquid quod iuris rationem diuersam haberet à superioribus, cùm è contrario idipsum quod in seruilibus cognationibus constitutum erat protrahatur ad seruiles adfinitates, inducto nouo nomine quod prudentibus certè cognitum numquam fuit, adfinitatis seruilis.

L. non omne 144. De reg. iur.

ILLATIO II.

De publica honestate in nuptiis præcipuè consideranda.

SEcundò ex eodem Principio fit quod iā attigimus, vt in contrahendis matrimoniis semper considerandum sit non solùm quid liceat, sed etiam quid honestum sit *l. semper in coniunctionibus* 41. *D. de rit. nupt.* repetita in *l. semper* 197. *De regul. iur.* Est enim vtraque lex iisdem verbis expressa & ex eodem Modestini libro sumpta. Ratio autem huius illationis est, quia non omne quod licet honestum est *l. non omne* 144. *De regul. iur.* Licent omnia quæ nec legibus prohibita sunt, nec legibus vindicantur. Honesta verò sunt ea duntaxat quorum contraria licet non puniantur legibus, tamen onerant pudorem naturalem, id est qui omnibus à natura insitus est, vt secreto quoque pudeat ea facere quæ conscientia cuiusque solo naturali lumine illustrata videat cauenda esse & fugienda. Tantum abest, vt vnquam admittenda sit præser-

L. semper in coniūctionibus 41. D. hoc tit. l. semper 197. de reg. iur. l. non omne 144. eod.

tim

tùm verò in coniunctionibus impia & perdita vox illa Iuliæ nouercæ Bassiani *si libet, licet.* Ac sanè cùm inter tria illa iuris nostri præcepta circa quæ versatur tota non solùm iurisprudentia nostra, sed etiam philosophia moralis, primùm illud sit, vt honestè viuamus, nihílque sit quod ciuilis legislator magis curet, curaréque debeat quàm vt publicæ honestatis ratio per omnia & in omnibus habeatur, vt scripsimus ad *titu. De iustit. & iur.* mirum non est in ea potissimum re quæ tanti momenti sit quanti sunt legitimæ coniunctiones, quarum duntaxat beneficio respublica & conseruari & perpetuari queat ius naturale inspici & naturalem pudorem potiùs quàm ius ciuile, tametsi nuptiæ ipsæ nomen habeant ciuile, vt diximus non naturale, Non quasi hac in re ius ciuile pugnet cum naturali, ex quo è contrario sumit æstimátque præcepta honestatis, sed quia euenit aliquando vt ius ciuile mancum sit, puta cùm de seruili cognatione agitur, quam ius ciuile nullam agnoscit, sicut nec seruos ipsos, neque tamen mancum sit ius naturale ad prohibendas nuptias quæ alioqui iure ciuili non impedirentur. Latiùs siquidem patet ius naturale quàm ciuile cùm sit omnibus hominibus commune, inter quos nulla distinctio est cùm liberi omnes sint à natura, non etiam serui vlli.

ILLATIO III.

De nuptiis prohibitis inter personas quæ in parentum & liberorum numero sunt.

TErtiò ex eodem Principio fit, vt nuptiæ consistere non possint inter eas personas quæ in numero parentū liberorúmve sunt, siue proximi, siue vlterioris gradus sint vsque ad infinitū *l. nuptiæ* 53. *D. de rit nupt.* Nam vt apertiùs Paulus exprimit in *l. vlt. eod. tit.* iure gentium incestum committitur quoties quis vxorem ducit ex gradu ascendentium, vel descendentium, quia scilicet eā coniunctionē abhorret ratio naturalis, ex qua tā naturale quàm gentiū ius ęstimatur, & quę facit vt quantum ad homines attinet ius naturale non differat à iure gentium quod ad formam, sed quod ad materiam duntaxat vt explicauimus ad *ti. De iur. natur. gent. & ciuil.* Naturalis autem ratio coniunctiones istas nefandas ideo abhorret, quia in omni maris & fœminæ coniunctione turpitudo inest, quæ vt à lege tam natutali quàm ciuili non tantùm tolerari, sed etiam laudari possit illud solum facit, quod alia ratio nulla sit reipublicæ humanæque speciei perpetuandę. Necessitas porrò nulla est eius turpitudinis exercendę cū iis ipsis personis quibus naturalis honor pudórque debeatur, cùm alię personę non desint, cū quibus sine culpa & reprehensione liceat coire: Pudorē ergo illum violare nefas nefandúmque est: Cùm & à publica quoque honestate alienum esset palam & publicè rem veneream exercere, quamuis cū ea quę iusta & legitima vxor proponeretur, vnde Diogeni olim exprobratum, Cinicíque nomen datum quòd eum nō puderet in publico, canū more, hominem, vt dicebat ille plantare. Inde etiam est quod eam corporis partē quę tam necessaria est, vt Paulus loquitur in *l. sin autem* 7. *D. de ædilit. edict.* scilicet ad rempub. humanámque speciem propagandam, *pudenda* appellamus, vt significemus coitum venereum fieri non posse quin pudor oneretur, nisi quatenus matrimonij sanctitas honestum sanctúmque facit quicquid necessarium

L. nuptiæ 53. *hoc tit.*
L. vlt. eod.
L. sin autem 7. *D. de ædilit. edict.*

est,& propter necessitatem à Deo Opt. Max.institutum. Quò etiam pertinet quod à Thalete Milesio,ni fallor,sapiëter dici solitum fuisse Plutarchus refert, honestam matronam cùm in lectum torúmque nuptialem decumbit,tunc pudorem induere magis debere, cùm se marito nudat,vt quę reuera in actu ipso venereo inest turpitudo,personarum pudore ac honestate corrigatur.Quod & D.Paulus sensisse videtur, cùm præcepit vt vas suum vnusquisque possideat in sanctificatione.

ILLATIO IV.

De nuptiis prohibitis inter personas qua parentum & liberorum locum obtinent.

QVartò ex eodem Principio fit vt non solùm eas personas sibi per matrimonium coniügere non liceat,quæ sunt ex gradu ascendentium,vel descendentium,id est parentum aut liberorum,sed nec eas quę parentum,vel liberorum locum obtinent. Nam & hæ licèt non in gradu, tamen in numero sunt & ascendentium & descendentium,vt nouerca priuigno, nurus socero,& contrà, priuignus nouercæ,socer nurui *l.vlt.§.1.D.de condict. sin.caus.* iunct.*l. quia parentis* 16.D.*solut.matrim.l.*5.D.*de vsu & habit.l.vlt. D. de his quæ vt indign.*Quod ita accipiendum est etiamsi vel morte,vel diuortio, vel qua alia ratione solutum matrimonium proponatur.Alioqui matrimonium non ex hac tantùm ratione impeditur,sed ex illa etiam quòd eodem tempore, neq; duas vxores vir habere,neque duobus viris eadem mulier nupta esse potest,vt Iust. scribit in *§. adfinitatis Inst.hoc tit.de nupt.* Eadem ratio facit vt nec cum patruo, nec cũ auunculo,nec cum amita,vel matertera,siue prima, siue secunda, quam magnam vocant,nuptiæ contrahi possint,quoniam & hæ personæ omnes parentum loco habentur §.*item amitam* 5.*eo.tit.l.per adoptionem* 17.*§.amitam De rit.nupt. d.l.vlt in princ.De condic.sin. caus.*

L.vl.§.1.D. de cōdict. sin. caus.l. vlt. D. de his quæ vt indi.

§.adfinitatis hoc tit.

§.item amitam eod. l. per adoptionem 17. §. amitam D. eod.d.l. vlt. in pri. D.de condict. sin. caus.

ILLATIO V.

De non ducenda vxore ea qua per adoptionem filia neptísve esse cœperit,licèt desierit.

QVintò ex eodem Principio fit,vt nefas etiam existimetur eam quoque vxorẽ ducere quę per adoptionem filia neptísve aut parentis loco esse cœperit,intantũ vt etiãsi per emãcipationẽ adoptio dissoluta sit,idẽ iuris maneat *l.quinetiã* 55.*De rit.nupt.§.1.vers.& hac adeò Inst. hoc ti.* Etsi enim cùm filium adoptaui, vxor mea illi loco matris nõ est,cùm adoptio nõ ius sanguinis adferat,sed ius agnationis,ob idq; nõ aliis cognatus fit is qui adoptatur,quàm quibus agnascitur,id est qui sunt in familia patris adoptiui vt elegãter Paulus ratiocinatur in *l.qui in adoptionẽ* 23.*D.de ado.*sufficit tamẽ ad impediẽdas nuptias quòd sit ei loco nouercæ,vt idẽ Paulus ait in *l.adoptiuus* 14.*in pri. & §.1.De rit. nupt.*cùm à nouercę quoq; nuptiis abstinẽdũ sit vt suprà diximus sicut & à nuptiis eius quę aliquando nurus fuit *d.§.1.*nõ cognationis & sanguinis,sed adfinitatis & honestatis veneratione,quoniã & adfinitas perinde ac cognatio facit vt hæ personę parentũ liberorúmque loco habeantur *l.4.§.hos itaque* iunct.*§. praeced.D.de gradib.& adfin.§.socrum quoque* 7.*Inst.hoc tit.*Itaque in proposito casu,

L. quinetiã 55.D.hoc ti. §.1. vers.& hac adeò Inst.eod.

L. qui in adoptionẽ 23. D.de adopt.

L.adoptiuus 14. in princ. & §. 1. D. hoc tit.

§. socrum quoque hoc tit.

casu vxor mea quæ filio meo adoptiuo loco matris non est ratione sanguinis & cognationis, est tamen ratione adfinitatis, atque ita loci illi qui alioquin pugnare videntur conciliandi sunt, Cùm in eo omnes conueniant, quòd à nuptiis eius quoque quæ per adoptionem nouercæ locum habere cœpit, etiam post sublatam adoptionem abstinendum est, Adeo parentis & filij nomen religiosum est religioséque venerandum. Non idem est in patris adoptiui mei matre, aut matertera, aut nepte ex filio. Etsi enim nullam ex istis vxorem ducere possum, quandiu sum in familia propter adfinitatis venerationem, tamen si à patre illo adoptiuo emancipatus fuero sine dubio nihil impediet nuptias, scilicet quia post emancipationem omnino extraneus intelligor, inquit Caius in *dicta lege quinetiam* §.1. In quo tamen illud non paruam facit dubitationem, quod diximus eum qui adoptatur non aliis cognatum fieri quàm quibus agnascitur, nec rursum aliis agnasci quàm qui sunt in familia *dicta lege* 23.*De adoption.* in quorum numero constat neque amitam esse, neque materteram, sicut & solemus dicere neminem auunculum fieri per adoptionem *l.si qua mihi* 12.§. *vltim. De rit. nupt.* vbi ex hac ratione infert Vlp.posse me adoptiuæ sororis meæ filiam vxorem ducere, quod vtique sic accipiendum est etiam constante adoptione. Cognata enim mea non est filia sororis meę adoptiuæ. Cur ergo patris mei adoptiui amitam,vel materteram,siue primam,siue magnam vxorem ducere prohibebor? Aliud sanè nihil est quod respōdere possimus nisi quia huiusmodi personę parentum locum obtinent vt iam diximus ex *d.§.item amitam* iūct. *d.l.per adoptionem* 17.§.*vltim. l.sororis* 39. *De rit.nupt.* Nefas autem creditur eam quoque vxorem ducere quæ, licèt non nisi per adoptionem, parentis loco esse cœperit *dicta lege quinetiam.* Atqui si ita est parum referre videtur an adoptio per emācipationem dissoluta sit necne, cùm in iis personis quæ parētum aut liberorum loco etiam per adoptionem semel esse cœperūt, idem iuris maneat post dissolutam quoque adoptionem, vt perinde nuptiæ impediantur *d.l.quinetiam in prin.d.l.* 14.*in prin.* Et ideo nimirum cogor dicere falsam esse adiectionem illam positam in *d.§.*1.ab illis verbis *scilicet si in familia eius sim* ad finem vsque legis, ineptóque interpreti adscribendā quē illud fefellerit, quòd filius etiā naturalis & legitimus nedum adoptiuus tantùm per emācipationem fit extraneus, sublatáque per emancipationem adoptione nullū ex pristino iure vestigium retinetur vt Papin.loquitur in *l.in omni* 13.D. *de adopt.* Cùm obseruare debuerat id locum non habere in iis personis quæ parentum aut liberorum loco esse cœperunt, In eo autem numero amitam quoque & materteram tam primam quàm secundam computari. Quam ob causam fortasse Papi. in *dicta lege in omni*, addidit dictionem *ferè* vt intelligeremus regulam illam perpetuam non esse. Quòd si patris mei adoptiui matrem aut amitam, aut materteram vxorem ducere non possum, vt fateri omnes necesse est ex *§.1.d.l.quinetiam*, adeóque nec dissoluta adoptione, vt nos putamus quanto minùs licebit filio adoptiuo vxorem ducere sororem patris sui adoptiui, id est amitam propriam constante saltem adoptione *d.l.*17.§.*vltim. De rit. nupt.* Et tamen contra scriptum legimus apud Vlpianum in *d.l.si qua mihi* 12.*eod.tit.* in postremis illis verbis, *pari ratione & sororem patris mei adoptiui possum ducere, si non fuit eodem patre nata.* Quanam verò ratione? Illa ipsa nimirum, propter quam priùs dixerat posse me vxorem

d.l.quinetiā 55. §.1. D. *hoc tit.*

l.si quamihi 12.§ *vlt.D. hoc tit.*

d.l.per.adoptionem 17. §.*vlt.l.sororis* 39.*D.hoc tit.*

Emendatio d.l.quinetiā §.1.

L. in omni 13.D. *de adopt.*

*d.l.*17.§.*vlt. D.ho tit.*

d. l.si qua mihi 12.*eod. tit.in fin.*

ducere filiam sororis adoptiuæ. Nempe quia cognata mea non est, cùm nec sit agnata. Sed hæc ratio vt nemo non videt in cognatis duntaxat locum habet, id est in iis personis quarum cognatio per adoptionem acquireretur si esset legitima, id est si agnatio quoque esset: At non etiam in iis personis quæ plusquàm cognatæ sunt, hoc est quæ parentum loco habentur quales illæ sunt de quibus tractamus. Nec rursum verum est quemadmodum auunculus nemo fit per adoptionem, ita nec amitam, aut materteram vllam per adoptionem acquiri posse, vt constat ex *d.l.17.§.vlt.* Idcirco enim auunculus nemo fit per adoptionem, quia adoptiuæ sororis filia, siue iam ipso adoptionis tempore nata fuerit, siue postea nascatur in aliena familia reperitur cum sequatur familiam sui patris *l.pen.D.de agnosc.liber.* At amita id est soror patris in eadem familia reperitur, si fuerit eodem patre nata. Sin ex alio patre de qua sola Vpian. supradictis verbis loquitur, non equidem reperitur in familia ideóque nec agnata fit, nec consequenter cognata, sed tamen non eo minùs ratio illa superest quæ impedire nuptias potest quod parentis locum obtineat. Quidni enim? si verum est, vt est, materteram quoque locum parentis obtinere, nec primam tantùm, sed etiam magnam materteram, ideóque nec vxorem duci posse, quamuis non possit ex aliena familia non esse. Non est igitur bona consecutio ab auunculo ad amitam, aut ad materteram id est à persona quæ nec parentis nec cognati loco est ad personam quæ licèt cognata non sit, parentis tamen locum obtinet. Proinde fatendum est illum quoque versiculum qui Vlpiano adscribitur delendum esse, ac in glossam inepti alicuius interpretis ex qua irrepserit, relegandum, vt & alia pleraque iam à nobis obseruata in *eod.tit.De rit.nupt.* Illa nãq; distinctio an patris adoptiui soror nata sit ex eodem patre necne, eò tantùm pertinet, vt sciatur an sit in eadẽ familia, & consequẽter an is qui adoptatur cognatus ei fiat legitimus, id est agnatus an non. Atqui non ratione cognationis prohibẽtur huiusmodi nuptiæ, sed ideo tantùm quod amita & matertera sint parentum loco. Vnde illud etiã fit vt quamuis amita magna & matertera magna in quarto gradu sint, earũ tamen nuptiæ perinde prohibitę sint, quia inter eas personas quę parentum liberorúmque loco sibi inuicem sunt, nuptiæ prohibentur vsque ad infinitum *d.l. nuptiæ 53.eod.tit.* Ex quo apparet tantò magis ineptam esse rationem positam in *d.l.quinetiam §. in illis verbis scilicet si in familia eius sim*, cùm nihil cõmune habeat ius familiæ cũ iure nuptiarũ quoties alia quàm agnationis ratione nuptię prohibentur. Sed & dictio illa *scilicet* eo loco bis reperita, Iureconsulti elegantiam non sapit. Si quis verò quærat quod sanè prima facie mirum videtur cur amita & matertera tã prima quàm magna parẽtũ locũ obtineãt, Ratio illa meo iudicio reddi potest, quòd frater sit quasi ferè alter & cõsequenter soror, quæ & fratris appellatione cõtinetur *l.tres fratres 35.D.de pa.* quasi ferè altera, ac proinde frater patris mei ferè alter mihi pater, vnde & patru' appellatur, soror patris mei ferè altera persona patris, soror matris meę ferè altera mater, vnde & matertera nomẽ accepit, Mutatis dũtaxat nominũ deriuationibus in personis auũculi & amitę propter sexus impedimentũ quod facit ne auũculus possit dici altera mater, aut amita alter pater. Cęterùm ea res non facit quin amita perinde ac patruus, & auunculus perinde ac matertera parentum loco habeantur illi patris, isti matris personam quodammodo repræsentantes. Alia certè ratio est fraternitatis per adoptionem quæsitæ. Illa enim eousque duntaxat im-

Emendatio d.l.si qua mihi.

l.nuptiæ 53. eod.tit.

xat impedit nuptias quoufque manet adoptio, Ideóque eam quã pater meus adoptauit & emancipauit potero vxorem ducere. Æquè etsi me emancipato illam in potestate retinuerit, poterimus iungi matrimonio. Itaque volenti generum adoptare suadetur vt filiam emancipet, similiter suadetur ei qui nurum vult adoptare, vt emancipet & filium *d.l.per adoptionem 17.in princip. eod.* Nimirum quia fraternitas non alia quàm cognationis ratione impedit nuptias, cùm fratrem parentis loco haberi per rerum naturam impossibile sit. Agnatio autem sicuti per adoptionem quęsita fuerat, ita per emancipationem vnà cum adoptione dissoluitur, & procedit hoc casu optimè regula *d.l.in omni 13. De adopt.l.si quis tutor 60.§.quid ergo si adoptiuus* De rit.nupt.

L.in omni 13. D.de adopt. l.si quis tutor 60. §. quid ergo si adoptiuus D. hoc tit.

ILLATIO VI.

De non ducenda sorore, neque sororis filia.

SExtò ex eodẽ Principio fit vt neque sororẽ, neque sororis filiã vxorẽ ducere quis possit, cùm frater, vt diximus, videatur ferè alter idẽ esse & cõsequẽter soror quæ & fratris nomine cõtinetur *d.l.tres fratres 35.D.de pa.* Nec distinguimus an ex eodẽ patre eadémque matre frater & soror nati sint, an ex altero eorum. Omni enim casu prohibitæ sunt nuptiæ propter tam arctum vinculum coniunctionis naturalis quę est inter fratrem & sororem *§.inter eas & §.fratris verò hoc ti.* Idẽ iuris autẽ constituimus in sororis filia quod in sorore vt eã vxorẽ ducere patruus nõ possit, quia quoties matris persona talis est, vt naturę suę condicione prohibeatur tibi nubere, nec eius filia tibi nubere potest, Sicuti dicimus, Caius filiam vxorem ducere non potes, neque neptem ducere te posse *dict.§.fratris verò.* Addidi *naturæ suæ condicione*, quoniam alioquin sępius accidit, vt possim eã vxorẽ ducere cuius matrẽ non possem, vt puta filiã nouercæ meę, aut eius mulieris quam pater meus adoptauerit, cùm filia illa neq; naturali neque ciuili ratione mihi coniungatur *d.§.fratris versic.eius verò & §.mariti.* Nempe quia quod nouercam meam aut filiam adoptiuam patris mei vxorem ducere nequeam, non fit ob impedimentum aliquod quod sit à natura, sed per accidens, quia patri meo nupta illa fuit, aut à patre meo adoptata. Vsque adeo autem prohibitæ sunt nuptiæ inter fratrem & filiam sororis, vt si cõtractę fuerint incestæ dicantur *l.etiamsi 56.De rit.nupt.* vbi Vlp.scribit quod magis est, etiamsi concubinam quis habuerit sororis filiam licèt libertinam incestum committi *l.si quis viduã 5.D.de quæst.* Nec enim hac in re aut melioris, aut deterioris condicionis debet esse concubinatus quàm matrimoniũ, sicut nec miles quàm paganus *l.miles 11.§.1.D.ad leg.Iul.de adult.* vbi contubernium dixit Papin. pro concubinatu militis, quia scilicet in tabernis & tentoriis habitabant milites, vnde contubernales, sicut & commilitones dicti. De duorum fratrum vel sororum, aut fratris sororísque liberis an matrimonio coniungi possint nonnulli dubitant, propterea quòd Iustin.in *§.duorum hoc tit.* scribat affirmatiuè coniungi posse. Sed tamen verius est non posse, & in *d.§. duorum*, deesse negationem, quam Theophilus in eadem sententia græcè exprimenda minimè prætermisit, nec Caius *lib.1.Instit.tit.4.§.6.* vbi scribit in hæc verba *fratres etiam amitinos vel consobrinos in matrimonium iungi nulla ratione permittitur.* Idque consequens est ei rationi quam modò attulimus, quòdcuius

§. inter eas & §.fratris hoc tit.

§. eius verò & §.mariti eod.

l.etiamsi 56. D.hoc tit.

De duorum fratrum liberis copulandis.

nuptias mater habere non potest,nec filia possit. Atqui nec fratris aut sororis filia patruo nubere potest,nec fratris filius vxorem ducere amitã, aut sororis filius materteram.Ergo nec fratrũ liberi inter se coniungi possunt *l.1.C.Theo. de incest.nupt.* Nisi ex rescripto Principis id permissum fuisset *l.1.C. Theod.si nupt.ex rescr.pet.Paul.Monach.in Theod.Ambros.8.epist.ad Paternum.* Idque probat etiam ipsa constitutio Impp. Arcadij & Honorij quę priscum hoc ius sustulit in *l.celebrandis* 19.*C.de nupt.* Ad quam constitutionem dicendum est respexisse Tribonianum in *d.§.duorum*, si legatur ille locus sine negatione. Quanquã non desunt alij loci quibus probetur apertissimè huiusmodi nuptias iam olim fuisse permissas vt ex *l.3.D.de ri.nupt.l.2.C.de inst.& subst.* Vt proinde fatendum sit aliquando prohibitas,aliquando etiam permissas fuisse, quod & Gothofr. sentit ad *d.l.celebrandis*, nisi malimus dicere permissas quidem fuisse,sed non iure communi, at ita demum si principalis rescripti autoritas interueniret *arg.d.l.1.C.Theod.si nupt.rescr.pet*

ILLATIO VII.

De nuptiis prohibitis inter sponsam patris & filium.

SEptimò ex eodẽ Principio fit vt inter me ac sponsam patris mei nuptiæ cõtrahi n possint *d.l.si qua mihi 12.§.1.D.rit.nup.* quia quamuis nouerca mea propriè non dicatur vt ibi Vlp.ait pudor tamen naturalis non patitur, vt filius cum ea coeat quæ patris nuptiis sit destinata,quia ferè pro nupta habetur quæ sponsa est si nihil sit quod impediat ne nuptię sequi possint.Et ideò cui matrimonium violare non licet, eidẽ nec spem matrimonij violare permittitur *l.si vxor 13.§.Diui ad leg.Jul.de adult.* Eadem igitur ratio facit,vt per contrarium sponsa mea patri meo nubere non possit quamuis nurus non propriè dicatur, vt subiungit Vlp.in *d.l.12.§.1.*

ILLATIO VIII.

De nuptiis prohibitis inter me & filiam vxoris quondam meæ ex alio susceptam.

OCtauò ex eodem Principio fit,vt si vxor mea post diuortium alij nupserit,& filiã susceperit,non possim eam filiam ducere,quamuis non sit mihi priuigna, quia videtur id alienum à publica honestate propter memoriam pristini matrimonij quod fuit inter me ac filiæ huius matrem. *d.l.si qua mihi 12.§.si vxor eod.tit.De rit. nupt.* vbi quod ait Vlp. ex Iuliano *verùm huius nuptiis abstinendum* ostendit satis non tam iuris naturalis aut gentium quàm honestatis ratione huiusmodi nuptias interdictas esse quod & Iustin. innuit in *§.si vxor hoc tit.*

d.l. si qua mihi 12. §.si vxor eo. tit.

§.si vxor hoc tit.

ILLATIO IX.

De nuptiis patronæ ignobilis cùm liberto.

NOnò ex eodem Principio fit vt si patrona tã ignobilis sit vti ne inhonestæ ei futuræ sint, vel liberti sui nuptiæ, officio iudicis super hoc cognoscentis

scentis nuptias permitti oporteat *l. si patrona 13. eod. tit. De rit. nupt.* Nihil enim prohibet huiusmodi nuptias præter publicam honestatem, quę non patitur vt qui aliquando seruus fuit, fiat per matrimonium dominus, vt ita dicam patronæ cuius seruus fuit, aut vt vxoris obsequia patrona debeat ei à quo iure patronatus obsequia potiùs exigere ipsa debeat *tot. tit. De obseq. parent. & patron. præst.* Indecorum enim id videtur inducitque suspicionem quandam prostratę per patronam huic suo liberto ante manumissionem pudicitię quod leges ciuiles abhorrent, vt constat ex *l. vnic. C. de mulier. quæ se propr. seru. iunxer.*

L. si patrona 13. D. eod.

L. vnic. C. de mulier. quæ se prop. seru. iũxer.

ILLATIO X.

De nuptiis ab vxore adrogatoris cum eo contractis qui postea fuit adrogatus.

DEcimò ex eodem Principio fit, vt dubitatum sit an incestæ sint nuptiæ si ea quæ mihi vxor fuit deinde à me repudiata nupserit Seio quem postea ego adrogauerim quamuis placeat, neque incestas, neque prohibitas esse *d. l. si qua mihi 12. in princ. eod. tit.* Videbantur enim nuptiæ ad eum casum peruenisse à quo incipere non poterant, cùm eam quæ patris mei adoptiui vxor aliquando fuit ducere nunquam possim *d. l. adoptiuus 14. eod.* Nam & inde est, quod solemus dicere si quis generum adoptare velit debere filiam emancipare, & similiter suaderi ei qui nurum adoptare vult, vt filium emancipet *d. l. per adoptionem 17. eod.* Nimirum ne inter fratres consistere matrimonium videatur. Cur ergo mihi permittitur eum adrogare qui vxorem illam duxerit, quæ mea vxor aliquando fuit? Sed ratio diuersitatis non obscura illa est, quod in casibus præcedentibus, in idem tempus cõcurrunt & fraternitas & nuptiæ quod citra incestum fieri non potest. In hoc verò de quo Vlp. in *d. l. si qua mihi in princip.* etsi concurrit adrogatio cum nuptiis, fauorabiliores tamẽ sunt nuptiæ quæ ab initio ritè contractæ fuerunt *arg. l. lege Iulia 44. §. si postea D. eo.* nec superueniens adrogatio facere potest, vt videantur contractæ nuptiæ cum nouerca, aut ea quæ nouercæ loco aliquãdo fuerit, cùm desierit illa nouercę loco esse priusquàm nuptiæ contraherentur, immo veriùs, nec vnquam fuerit nouercæ loco mihi, qui non fui adoptatus nisi postquàm illa vxor esse iam desierat. Denique non concurrunt hoc casu nuptiæ cum causa impediendarum nuptiarũ, quia quod vxor mea fuit aliquando vxor eius qui nunc mihi est pater adoptiuus, non facit vt possit illa videri fuisse vnquã mihi nouercę loco, aut nunc esse siquidẽ neque tũc fuit cùm ego nondum eram adrogatus, neque nunc est cùm patris mei adrogatoris esse desierit. Causa nãque huiusmodi nuptiarum impediendarum, vt dicam apertiùs, non pendet ex adrogatione, sed ex eo quod vxor quam nunc habeo, mihi aliquando fuerit parentis loco, quod tamen adrogatio post nuptias bene contractas superueniens, nec facit, nec facere potest.

d. l. si qua mihi 12. in prin. D. hoc tit.

d. l. adoptiuus 14. eod.

d. l. per adoptionem 17. eod.

ILLATIO XI.

De non ducenda in vxorem matre illius quæ sponsa fuit.

VNdecimò ex eodem Principio fit, vt eius matrem quę mihi sponsa fuit vxorem ducere non possim, vt ex Augusti interpretatione Paulus scribit

in *d.l.adoptiuus* 14.*in fin.eod.tit.*vbi addit rationem quod aliquando fuerit illa mihi socrus. Nam vt rectè Seruius dicebat soceri & socrus generi & nurus appellatio etiam ex sponsalibus acquiritur *l. Labeo* 6.§.1.*l.Seruius* 8.D.*de gradib. & adfin.l.*4.D.*de leg.Pomp.de parricid.* A publica igitur honestate alienum est, incestúmque committitur, si eam vxorem ducam quæ fuerit mihi aliquando parentis loco.

ILLATIO XII.

De non ducenda in vxorem per vitricum vxore priuigni, Et contrà.

L. vxorem 15.eod.tit.

DVodecimò ex eodem Principio fit quod Papin. scribit in *l. vxorem* 15. *eod.tit.De rit.nupt.*vxorem quondam priuigni tui coniungi matrimonio tibi quondam vitrico non oportere, nec similiter in matrimonium conuenire nouercam eius, qui priuignæ maritus fuit, quoniam etsi nulla inter huiusmodi personas cognatio est, adfinitas tamen tanta est vt parentum liberorúmque loco sibi inuicem habeantur, scilicet priuignus vitrico, & priuigna nouercæ *L.* 4.§.*gradus autem & seq.D.de gradib. & adfin.* Inhonestum autem palam est eam quæ aliquando vxor fuerit illius qui mihi aut filij aut parentis loco fuerit vxorem à me duci, Siquidem indiuidua illa vitæ societas, quæ per matrimoniũ contrahitur, efficit vt qui mihi parentis aut filij loco est eius quoque coniunx eodem parentis & filii loco esse videatur.

ILLATIO XIII.

De nuptijs prohibitis tam ex lege Iulia *de maritandis ordinibus, quàm ex oratione* D.*Marci.*

DEcimotertiò ex eodem Principio fit, vt tam lege Iulia de maritandis ordinibus quã ex oratione Diui Marci prohibitæ sint nuptiæ inter Senatorem filiũ nepotéve ex filio Senatoris, & libertinã & eam quæ ipsa cuiúsve pater materve artẽ facit ludicrã fecerítve. Itémq; inter filiã neptẽ proneptémve ex filio Senatoris, & libertinam, eúmve qui ipse cuiúsve pater aut mater artẽ ludicrã faciat fecerítve *l.oratione* 16.*l.sciendum* 32.*l.generali* 34.§.*vlt.l.semper* 42.§.1.*l.lege Iulia* 44.*eod.tit.De rit.nupt.l.filiam Senatoris* 9.D.*de Senat.* Nimirum quia inhonestum & indecorũ visum est amplissimi ordinis honorẽ ac dignitatẽ talibus nuptiis inquinari vt in ferè simili quamuis alio casu loquitur Caius in *l.*1. D.*de collus.deteg.* Nam in libertino libertináq; quantumuis liberi sint immo etiã si voles ingenuorum iura per adrogationem ab ingenuo factam consecuti, tamen si non etiam natalibus restituti proponãtur macula superest ac vestigiũ pristinæ seruitutis *d.l.*32.*l.vlt.*§.1.*D.de natal. restit.* Indéque est quod si quis in ordine senatorio agens libertinã vxorem duxerit, & postea dignitatẽ amiserit, incipit libertina ei iusta vxor esse quæ antea non fuit quasi cessante iam causa prohibitionis *l.si quis in Senatorio* 27.*De rit.nupt.* Itẽ vt Senatoris filia quæ corpore quæstum vel artem ludicram fecerit aut iudicio publico damnata fuerit, impunè libertino nubat *l.Senatoris filia* 47.*eo.*vbi rationẽ Paulus reddit quòd honos ei seruandus non sit quæ ipsa se in statũ fœdum deduxit. Sic enim locũ illum legendum & emendandum esse iam suprà docuimus. Inde denique est quod si Senatori indulgentia Principis fuerit permissum libertinam iustã vxorem habere potest illa iusta vxor esse.*l.si Senatori* 31.*eod.* Nempe quod Princeps sit supra legem quæ huiusmodi nuptias prohibuit, licèt non sit supra rationem honestatis quæ prohibitioni causam dedit. Sed & credendum est Principẽ non facilè nec nisi magna & honesta aliqua de causa id permissurũ fuisse. Nec enim dubi-

L.oratione 16 l.sciendũ 32.l.34.§.vlt. l. 42.§.1.l.44.eod tit.

si quis in Senatorio 27.eod.tit. l. Senatoris filia 42.eod.

L.si Senatori 31.eod.

tatur quin ex causa plerumque liceat Principi etiam iustè ac honestè contra leges aut nuptias permittere aut liberorum ex iniustis nuptiis susceptorum statum confirmare, vt in eleganti specie *l. qui in prouincia* 57. *eod. tit.* vbi ob concurrentem cum temporis diuturnitate facti alieni ignorantiam & numerum liberorum iusti fiunt à Principe liberi qui alioquin essent iniusti. *L. qui in prouincia 57. eod. tit.*

ILLATIO XIV.

De permissis ingenuo cuilibet nuptijs libertinæ præter Senatores eorúmque liberos.

DEcimoquartò ex eodem Principio fit vt lege Papia caueri necesse fuerit vt omnibus ingenuis præter Senatores eorúmque liberos libertinam vxorē habere liceret *l. lege Papia* 23. *eod. tit. De rit. nupt.* propterea quòd nec illud etiā honestum videretur coniungi ingenuos cum libertinis, propter maculam illam quam in libertinis remanere diximus pristinæ seruitutis. Sed tamen legis Iuliæ ratio illa fuit, quòd cùm libertini sint liberi, & qui ex libertina vxore nascuntur non eo minùs sint ingenui quia patris non matris condicionem sequūtur, nec aliud requiritur vt ingenui nascātur quàm vt matrē aliquo tempore liberā habuerint, nō potuerint eiusmodi nuptiæ prohiberi, quin matrimoniorū libertas minùs coarctaretur, quam è contrario ampliari potiùs, quantum fieri poterat, reipublicæ intererat præsertim cùm tantus esset in republica numerus libertinorum, quorum in cæteris ferè omnibus ad ius ciuile pertinentibus eadem condicio erat, quæ ingenuorum. Siquidem de iis libertinis loquimur qui plenissimam libertatem acceperant, id est cum libertate romanam quoque ciuitatem, quales tandem fuerunt libertini omnes sublata primùm dedititia, deinde Iuniana libertate, vt suo loco explicauimus. *L. lege Papia 23. eo. ti.*

ILLATIO XV.

De liberta vxore ducta per eum qui postea Senator factus sit.

DEcimoquintò ex eodem Principio fit, vt si libertam quis vxorem habēs deinde inter Senatores scriptus esset dubitaretur olim an matrimonium quod ab initio constiterat, ex superuenientis dignitatis causa solueretur, vt Iustin. refert in *l. si libertam* 28. *C. de nupt.* vbi nec obscurè insinuat lege Papia factum fuisse siue verbis expressis, siue per interpretationem prudentum ne tales nuptiæ consistere possent, scilicet propter concurrentem eodem tempore cum nuptiis causam prohibendarum nuptiarum vt dicebamus *illat.* 10. *sup. eod.* Quod tamē Iustin. in *d. l.* 28. sanctissimè correxit, Dei iudiciū vt ille gloriatur, secutus, Absurdū scilicet existimans, felicitatē mariti, fieri infortuniū vxoris, & dispergi matrimonia non ex vitio mulieris aut mariti, sed ex alterutrius partis fortuna. Quibus etiam rationibus cōstituit ibidē vt si priuati hominis filia liberto nupta posteà fiat filia Senatoris patre ipsius ad Senatoriam dignitatē prouecto, non ideo dissoluatur matrimonium quod antea per legis Papiæ seueritatem dissoluebatur, *ne*, inquit, *soceri prosperitas sine genero inueniatur.* *L. si libertā 28. C. hoc ti.*

ILLATIO XXVI.

De condicionibus turpium & inhonestarum nuptiarum.

DEcimosextò ex eodem Principio fit, vt condiciones turpium & inhonestarum nuptiarum impunè contemnantur, & per legem reiiciantur, tanquam quæ viduitatem indicere videantur cùm paria sint Prohiberi absolutè mulierem ne nubat, Et prohiberi ne honestè nubat propter hanc rationem publicæ honestatis quam nos dicimus perpetuam nuptiarum comitem esse debere. *l. 2. C. de institut. & substitut.* Immò durior est condicio quæ inhonestè *L. 2 C. de instit. & subst.*

nubendi necessitatem inducit quàm quæ viduitatem, propterea quòd facit vt mulier non solùm iis nubere prohibeatur, quibus nubere honestè posset, verùm etiam ei cui inhonestè nuptura sit, nubere iubeatur, vt eleganter Caius ratiocinatur in *l.cùm ita legatum* 63.§.1.*De condic.& demonstr.*

L. *cùm ita legatum* 63. §.1. *De condic. & demonstr.*

ILLATIO XVII.

De concubinatu præsumendo in consuetudine mulieris probrosæ.

DEcimoseptimò ex eodem Principio fit vt in eius mulieris consuetudine quæ corpore quæstum fecit, quamuis libera sit, non tamen nuptiæ intelligantur, sed concubinatus *l.in libera* 24.*De rit.nup.* Nempe quia honestum non est vxorem eam ducere quæ sit probrosa *l.probrum* 42.D.*de verb. signific.* Probrum autem intelligitur esse in omnibus mulieribus quæ turpiter viuerent, vulgóque quæstum facerent, etiamsi non palam. *l. probrum* 41. D. *de rit. nupt.* vbi additur nec matrisfamilias honestatem habere illam quæ se alterius quàm patroni concubinam esse passa est, Quamuis non idcirco stuprum cum ea contrahatur si modò accepta sit in concubinam cum testatione *l. 3. D. de concub.l.cùm tabulis* 16.*§.quoniam D.de his quæ vt indign.* Quid autem sit palam quæstum facere pluribus explicat Vlp.in *l.palam* 43.*De rit.nupt.*

L. *in libera* 24. D. *hoc tit.*

L. *probrum* 41.*eod.*

L.3.D.*de concub.l.cũ tabulis* 17. §. *quoniam D. de his quæ vt indign.*

ILLAT. XVIII.

De non ducenda vxore illa quæ publico iudicio sit damnata.

DEcimooctauò ex eodem Principio fit, vt Senatori non liceat vxorem ducere vel retinere mulierem publico iudicio damnatam, id est eo iudicio quo licet cuilibet ex populo experiri *d.l.palam* 10.*§. Senatus eod. tit. de rit. nupt.* vbi Vlp.non aliam huius iuris rationem adfert, quàm quòd hoc conueniens non sit, id est honestum. Quamuis autem subiiciat exceptionem *nisi si cui lege aliqua accusandi publico iudicio non est potestas*, non tamen ea accipienda est vt possit Senator vxorem eam ducere quæ publico iudicio damnata est si accusata sit ab eo qui accusandi potestatem non habuit, (nihil enim commune habet ius accusationis & condemnationis cum causa honestatis, quæ facit sanè vt non tantùm à turpitudine, sed etiam ab omni turpitudinis suspicione immune matrimonium esse oporteat, quemadmodum Iulius Cæsar de domo sua dicere solebat) sed pertinet ea exceptio ad definitionem publici iudicij: Publicum enim iudicium illud ex quo licet cuilibet de populo experiri, nisi si quis lege aliqua ab accusatione summoueatur.

l.palam 10. *§.Senatus D.hoc tit.*

ILLATIO XXII.

De eo qui ream adulterij quam priùs postulauerat post abolitionem ducit vxorem.

DEcimononò ex eodẽ Principio fit quod Papin.scribit in *l.generali* 34. *§.* 1.*eod.tit.De rit.nupt.* Ream adulterij quam vir iure mariti postulauerit, non prohiberi eum post abolitionem denuo vxorem ducere. Nimirum quia non videtur offendi ratio publicæ honestatis, cùm si qua ex publici iudicij accusatione macula contracta fuerat, ea potestate abolitionis abstergatur, siquidem

L.*generali* 34.§. 1. *eod. tit.*

dem abolitio fit eo prætextu quasi per errorem seu temeritatem aut per calorem iracundiæ potiùs quàm ratione aliqua accusator prosilierit ad accusationem *l.2.& 3.C.de abolit.* In quo differt abolitio ab indulgentia. Hæc enim quos liberat notat, nec infamiam criminis tollit, sed pœnæ gratiam facit vt eleganter ait *l.vlt.C.de gener.abolit.* Subiicit Papin. in *d. §.1. sed etsi non iure mariti ream postulauit, iure contractum matrimonium videbitur*, scilicet post abolitionem. Eadem prorsus ratione quæ honestas nuptias faceret etiamsi iure mariti vir eam postulasset. Nam quod ad infamiam aut abolitionem criminis nihil refert an mariti an extranei iure mulierem quis adulterij accusauerit. *L.vlt. C.de gener. abol.*

ILLATIO XX.

De nuptijs inter priuignos omni casu permissis.

VIcesimò ex eodem Principio fit vt inter priuignos contrahi nuptiæ possint etiamsi fratrem communem ex nouo parentum matrimonio susceptum habeant, vt Papin. scribit in *d.l.generali 34.§.inter priuignos*, & post eum Iustin. in *§.mariti 8.hoc tit.* Videlicet quia communis frater facere non potest vt eo magis compriuigni aliquo siue naturali, siue ciuili vinculo inter se coniungantur. Vt proinde nihil sit propter quod impediri debeant nuptiæ aut in quo publica honestas lædi videatur *§.fratris in fin.hoc eod.tit.* *d.l.generali §.inter priuignos. § mariti 8. hoc tit. §.fratris eo.*

ILLATIO XXI.

De nuptijs tutori & curatori prohibitis eorúmque liberis cum adulta.

VIcesimoprimò ex eodem Principio factum videtur vt & tutor & curator eorúmque filij & liberti, suam adultam vxorem ducere prohibeantur *l.tutor 36.cum seq.l.si quis tutor 60.l.libertum 64.hoc tit. De rit. nupt.* quia cùm prohibitionis ratio alia non fuerit, quàm suspicio fraudis, quasi non alia mente accedat tutor vel curator ad huiusmodi matrimonium quàm vt ratio reddendæ administrationis cohibeatur, vt Thryphoninus ait in *l.non solum 67.§.1.& §.sed videamus eod.tit.* non potest videri honestum matrimonium, quod cum fraudis consilio per turpem auaritiam contrahatur. Nec dissimile est quod ij quoque qui officium aliquod in prouincia administrant, durante officio vxorem ex eadem prouincia ducere prohibentur *l. si quis officium 38. l. qui in prouincia 57.l.eos qui 65.eod.tit.* cùm nec alia quàm potentatus ratio nuptias huiusmodi prohibuerit, vt Papin. loquitur in *l.præfectus 63.eod.* id est quod verendum esset ne quis siue ordinaria, siue alia præditus potestate circa nuptias occasione suæ potestatis abuteretur, & inuitis iis quorum vtilitas ageretur minacem feruorem suum obiiceret ac exhiberet vt Impp. explicant in *l. vnic. C. si quacunq.prædit.potest.* quæ ratio contrahendarum nuptiarum cùm sit contra bonos mores honesta esse non potest. Concubinatum tamen, non impedit *l. vlt.De concub.* quoniam ea coniunctio minùs honesta est licèt illicita non sit. *L. tutor 36. cum seq.l.si quis tutor 60.l.libertũ 64.eod.tit. L.non solum 67.§.1.& §.sed videamus eod. L si quis officium 38. l. qui in prouincia 57.l. eos qui 65. eod.tit. L.præfectus 63.eod. L.vnic.C.si quas præd. potest. L.vlt.D.de concub.*

ILLATIO XXII.

De incesto cum ea contracta quæ moribus vxor duci prohibetur.

VIcesimosecundò ex eodem Principio fit, Vt si quis ex his quas moribus prohibemur vxores ducere, duxerit, incestum committere dicatur, inquit

L.sororis 39. §.1.D.hoc tit.

Paulus in *l.sororis 39.§.1.De rit.nupt.* Quia cùm dicimus *moribus populi romani* aliquid receptum esse, bonos & honestos mores intelligimus, siquidem non alij mores in republica recepti sunt quàm qui sint boni & quibus non minùs honestatis quàm publicæ vtilitatis ratio constet *l. de quibus* 32. iunct. *l. immo magnæ* 36. D. *de legib.* alioqui nec rationem vnquam vincere possent nec legem, *l.2.C.quæ sit long.consuet.* Porrò non possunt honestæ nuptiæ esse quæ sunt contra bonos & honestos mores. Obseruanda tamen hîc est duplicis incesti differentia, Vnum enim incestum est iuris gentium de quo in *l. vltim. §. vltim. De condict.sin.caus.l.vltim.* D. *de rit.nupt.* Aliud est iuris ciuilis quoties tale matrimonium contrahitur quod ciuili aliqua magis quàm naturæ & sanguinis ratione prohibetur, id est sola iuris ciuilis obseruatione interueniente, vt Papin. distinguit in *l.si adulterium* 38.§.1.D.*ad leg.Iul.de adult.* vbi multa sunt alia elegantia de crimine incesti. Denique incesti appellatio generalis videtur ad omnia matrimonia illicita *l.incesta* 52. *dict.l.si qua mihi* 12. *dict. l. etiamsi* 56. *De rit.nupt.l.7.in fin.l.vim passam* 39.§.*penultim.& vltim.ad leg.Iul.de adult.l.5.D. de quæst.l.imperialis* 23.§.*penultim.C.de nupt.tot.tit.Cod.de incest. & nefar. nupt. l.legem* 7.*Cod.de natur. liber.* Dictum autem est incestum aut à cesto quod erat cingulum & symbolum honestarum nuptiarum, aut quasi *incastum*, vt ait Isidor. *lib. 9. origin. Incestus*, inquit, *propter illicitam commixtionem vocatur quasi incastus, sicut qui virginem sacram vel adfinitatis suæ proximam stuprauerit.*

Incestum aliud iuris gentium, aliud iuris ciuilis.

L.si adulterium 38.§.1. ad leg. Iul. de adult.

De incesti nomine & etymo.

ILLATIO XXIII.

De nuptijs inter personas honestate impares.

L. imperialis 23.§.pen. C.hoc tit.

VIcesimotertiò ex eodem Principio fit vt inter personas honestate impares matrimonium olim non permitteretur, quemadmodum Iustin. refert in *d.l imperialis 23. §. penultim. C. de nupt.* Scilicèt vt ille ibidem explicat, Nisi dotalia instrumenta aliæque nuptiarum sollennitates interuenisse probarentur quod & innuit licèt obscurius constitutio Impp. Honorij & Theodosij, de qua in *l.si donationum 22.cum præced. eod. tit.* Quod tamen ius antiquum idem Iustin. supradicto loco æquissimè sustulit, propterea quòd inter personas liberas & ingenuas nulla possit esse tanta honestatis disparitas quę nuptias prohibere debeat aut facere minùs fauorabiles, dummodo aliunde nulla nefariarum vel incestarum nuptiarum suspicio subsit. Immò & cum liberta potest contrahi matrimonium per quemcunque dummodo confectis dotalibus instrumentis *Auth sed nouo iure eod.* Qui tamen pares sunt genere ac moribus, sunt imparibus præferendi *l.vidua* 18.*vers.vt si pares sint C.de nup.*

L.vidua 18. eod.

ILLATIO XXIV.

De non ducenda vxore filia meæ priuignæ.

L.Aristo 40.D.hoc tit.

VIcesimoquartò ex eodem Principio fit vt priuignæ meæ filiam non magis vxorem ducere possim quàm priuignam ipsam *l. Aristo* 40.D. *de rit. nupt.* Nec enim honestas patitur vt quam vxorem ducere non possum ob eam rationem quòd sit illa mihi filiæ loco siue sanguinis, siue adfinitatis veneratione (qualis mihi est priuigna *l.4.§.gradus* D.*de gradib.& adfin.*) eius filiam

vxorem

vxorem ducere possim, ex regula quam supra diximus à Iustiniano positam in *d.§.fratris hoc tit.* Siquidem fieri nequit vt priuigna mea sit mihi loco filiæ, quin eius filia mihi sit etiam loco neptis. Atqui inter parentes & liberos eósve qui parentum & liberorum locum obtinent prohibitæ sunt nuptiæ in infinitum *d.l.nuptiæ 53.eod.tit.*

ILLAT. XXV.

De non ducenda ea quæ in adulterio deprehensa est.

VIcesimoquintò ex eodem Principio fit vt ex lege Iulia Papia mulier in adulterio deprehensa quasi publico iudicio damnata vxor duci prohibeatur, non solùm etiamsi posteà condemnata vel sit vel non sit, sed quod magis est, etiamsi fuerit absoluta post deprehensionem, vt Vlpian. tractat in *l.palam 43.§.penult.eod. tit.* vbi rationem adfert, quia factum non sententiam lex notauerit, Sententia autem quantumuis absolutoria facti veritatem immutare non possit *l.Iulianus verum debitorem* 60. D. *de condict. indeb.* At si quis pergat quærere cur factum non sententiam lex notauerit, ratio alia adferri non potest, quàm quia licèt sententia sola, & quidem quæ publici iudicij causam habuerit infamiam irroget condemnato *l. infamem* 7. D. *de public. iudic.* negari tamen non potest quin apud viros bonos & graues oneretur pudor & existimatio mulieris quæ in adulterio deprehensa est, tametsi per iudicem fuerit absoluta multóque magis si nec absoluta sit, nec condemnata *arg. l. sed si hac lege* 10. §. *prætor ait* D. *de in ius vocand. l.* 4. §. *aduersus* 15. *D.de doli exception.* vbi vulgò malè legitur etiam in Pand. Florent. *apud bonos mores* pro eo quod scribendum fuit *apud bonos viros*, vt coniici potest ex *l.ea quæ* 13. *C.ex quib.caus.infam.irrog.*

L.palam 43.§.penult. eod.tit.

Emendatio l.4.§.aduersus D. de doli mal. exc.

ILLATIO XXVI.

De seruandis gradibus dignitatis in contrahendis nuptijs.

VIcesimosextò ex eodem Principio fit, vt inferioris quidem gradus homines possint ducere vxores eas quas hi qui altioris dignitatis sunt ducere legibus propter dignitatem prohibentur. At contrà antecedentis gradus homines non possint eas ducere quas his qui inferioris dignitatis sunt, ducere non licet *l.obseruandum* 49. *De rit.nupt.* Nempe quia quas nuptias minùs honestas facit inferior dignitas, eas multò magis inhonestas altior dignitas facit, sed non contrà. Etsi lege Catulcia permissa fuisse connubia promiscuè, notat ex Liuio Gothofredus ad eum locum, quod tamen vix est vt tam generaliter accipi debeat, quasi nulla prorsus dignitatum ratio distinctióque haberi debuerit in matrimoniis contrahendis: Cùm appareat ex supradicta Iustiniani constitutione in *dict. l.* 23. §. *penultim. Cod. de nupt.* ad eam vsque ætatem prisci iuris vestigia non parua superfuisse de dignitatis & honestatis paritate in nuptiis ineundis conseruanda.

L. obseruandum 49. D. hoc tit.

d.l.23.§.penult.C.eod.

ILLATIO XXVII.

De prohibitis mulieri nuptijs cum liberto viri ac patroni sui.

L. quamquam 62. §. 1. D. eod.

VIcesimoseptimò ex eodem Principio fit vt Papinianus scribat in *l. quãquam 62. §. 1. De rit. nupt.* mulierem liberto viri ac patroni sui mala ratione coniungi. Malam enim rationem dicit quæ turpis sit & inhonesta, quoniam è contrario nulla melior nuptiarum ratio est, quàm quæ sit honestatis. Hæ autem nuptiæ ideò inhonestæ putantur, quòd honestatis ratio exigat vt præcedentibus patroni nuptiis reuerentia à liberto exhibeatur. *l. in eo iure 45. §. vlt. eod. tit. l. 3. C. de nupt.*

L. in eo iure 45. §. vlt. eod. l. 3. C. eod.

ILLATIO XXVIII.

De mitiùs puniendo eo, qui ignorans illicitas nuptias contrahit.

VIcesimooctauò ex eodem Principio fit vt si quis vxorem duxerit ex latere eam quam vetatur, Si quidem palam fecerit, leuius: Si verò clam hoc commiserit grauiùs puniatur, vt Paulus ait in *d. l. vlt. eod. tit.* De *rit. nupt.* vbi diuersitatis huius rationem illam reddit, quòd palam delinquentes vt errantes maiore pœna excusantur, clam verò committentes vt contumaces plectuntur. Cur verò pro errantibus habentur, qui palam delinquunt? Nempe quia pudoris & honestatis naturalis ea vis est vt non sit credibile adeò impudentem quemquam esse, vt prohibitas & inhonestas nuptias publicè contracturus fuerit & palam, si non per errorem licitas esse existimasset. *arg. l. si quis alumnam 26. versicul. nec enim homo sic impius Cod. de nuptiis.* Etsi autem hæc iuris communis ignorantia non omnino excusat, tamen aliquomodo excusationem meretur, scilicet ad minuendam pœnam, sicut & prodest interdum ad confirmandum statum liberorum ex iniustis nuptiis susceptorum, sed ita tamen si alia quædam concurrant, De quibus in *d. l. qui in prouincia 57. §. 1. eod. tit.* id est diuturnitas temporis, facti alieni ignorantia, & numerus liberorum. Separatur autem hac in re matrimonium quod ex latere non bene contrahitur ab eo quod inter ascendentes & descendentes prohibetur, quia posteriore hoc casu ignorantia iuris nulla allegari possit quin natura ipsa magis quàm iuris prohibitio ignorari videatur. Quò pertinent exempla illa etiam à brutis animantibus petita quæ refert Varro *lib. 2. de re rustic. Arist. lib. 8. de histor. animal. cap. 47. Plin. lib. 8. cap. 13. Gothofr. ad d. l. nuptiæ 53. eod. tit.* De *rit. nupt.*

L. vlt. D. hoc tit.

L. qui in prouincia 57. §. 1. eod. tit.

ILLATIO XXIX.

De non ducenda in vxorem concubina patris.

VIcesimononò ex eodem Principio fit, vt liberi concubinas parentum suorum vxores ducere non possint *l. 4. C. de nupt.* Non quia patris concubina sit filio matris loco, cùm nec patri ipsi fuerit loco vxoris, longè namque aliud est vxorem, aliud concubinam habere *l. 1. §. qui autem damnatam D. de concub.* sed quia vt scriptum est in *d. l. 4.* minùs religiosam minúsque probabilem, id est inhonestam rem facit filius qui patris concubinam vxorem ducit. Adeò vt nec permittendum sit filio vel nepoti accipere illam in concubinam,

L. 4. C. hoc tit.

cubinam vt nec cõtra licet patri sumere in vxorē, vel in concubinā eā quę filij aut nepotis concubina fuerit, quia prope nefaria est huiusmodi coniunctio, & ideo huiusmodi facinus prohibendum, inquit Vlp. in *d.l.1.§.pen. De concub.* *L.1.§. pen. D.de concu.*

ILLATIO XXX.

De non ducenda vxore illa, quæ palam quæstum fecit, licet facere desierit.

TRicesimò ex eodem Principio fiebat olim vt non solùm ea quæ palam quęstum faceret, sed etiam quæ aliquando fecisset, quamuis facere desiisset nullomodo nuptias contrahere posset *l.palam 43. §. non solum autem De rit. nupt.* vbi rationem hanc Vlp. reddit quòd non aboleatur turpitudo quæ postea intermissa est, subiiciens nec ei esse ignoscēdum quę paupertatis prętextu vitam turpissimam egerit. Quod videtur antiquus legislator ob eā potissimùm rationē constituisse, quòd cùm nihil esset reipublicæ perniciosius quàm si familiarum confusio & perturbatio induceretur, sola verò patrum distinctio familias possit distinguere *l.pronunciatio 195.§.familiæ de verb. signific.* & rursus non alius pater dici, iustéve pręsumi possit nisi quem nuptiæ demonstrant *l.5. De in ius vocand.* non videbatur permittendum vt patrem aliquem per iustas nuptias facere posset ea mulier de cuius pudicitia confidere, vel bene sperare lex non posset. Quis autem bene pręsumere queat de pudicitia illius mulieris, quę aliquando palam quæstum fecerit? Sed tamen hoc quoque à Iustiniano tandem correctum est in *d.l.impertalis*, Christiana certè pietate, vt mulieri quæ derelicta mala & inhonesta cōuersatione commodiorem vitam amplexa fuerit, honestatíque se dederit, liceat non quidem nubere sine venia imperatoris, sed tamen imperatorem adire & licentiam petere legitimi matrimonij contrahendi, adeò vt neque vocabulum ipsum *inhonestum* ei inhæreat, neque post contractum iure matrimonium conscriptásque dotales tabulas, differentia nulla sit inter huius condicionis mulieres, & eas quæ nihil vnquam simile peccauerunt. Hæc enim sunt verba constitutionis, quæ prætereà multa alia capita continet ad iuris veteris correctionem, de filiabus scenicarum, de quibus etiam agitur in *d.l.lege Iulia 44. D.de rit.nupt.* Posteà verò idem Iustin. remisit iis impetrandi rescripti necessitatem, sola retenta tamen necessitate sollennitatis conficiendorum dotalium instrumentorum.

L.palā 43.§. non solum autem D. hoc tit.

d.l. imperialis 23. C.hoc tit.

L.lege Iulia 44.D.eod.

ILLATIO XXXI.

De nuptiis cum alumna libertate donata.

TRicesimoprimò ex hoc Principio fit vt dubitatum olim fuerit, si quis alumnam suam libertate donasset, ac in matrimonio suo collocasset vtrū huiusmodi nuptię legitimæ essent, necne. Videbatur enim vetitum esse matrimonium ob publicam honestatem quasi manumissor alumnam suam filiæ suæ loco habuisset. Quo admisso, etsi non nisi per diem vnum eam adfectionē retinuisset, nunquam tamen alumnam vxorem ducere potuisset. Iustiniano tamen placuit in *l.si quis alumnam 26.C.de nupt.* valere huiusmodi nuptias. Ratione quam exprimit in hęc verba *si enim ex affectu omnes introducūtur nuptiæ, & nihil impium nec legibus contrarium in tali copula expectamus, quare prædictas*

L.si quis alumnā 26. C.hoc tit.

nuptias inhibēdas existimemus? Nec enim homo sic impius inuenitur, vt quā ab initio loco filia habuit, eā postea in suo collocet matrimonio, sed ei credendū est, quia eā & ab initio non vt filiā educauit & libertate donauit & dignam esse postea suo putauit matrimonio. Subiungit tamen Iustinianus in eadem constitutione personam illam omnimodo à nuptiis arcendam quam aliquis, siue alumna sit, siue non, à sacro susceperit baptismate, cùm, inquit, nihil aliud sic inducere possit paternam adfectionem & iustam nuptiarum prohibitionem, quàm huiusmodi nexus, per quem Deo mediante animæ eorum copulatæ sunt.

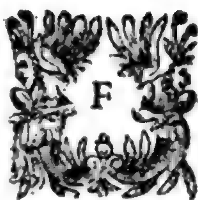
TIT. X.

De adoption.

PRINCIPIVM I.

De liberis per adoptionem quoque faciendis.

L.1. D. hoc tit. Filiifamilias nomen ciuile est. Filij naturale.



ILIOSFAMILIAS non solùm natura facit, sed etiam adoptio *l.1. in princ. D. hoc tit. & in princip. eiusd. tit. Instit.* Nam cùm filiifamilias nomen non naturale sit, sed ciuile & legitimum in quo differt à filij nomine simplici quod est naturale *l. in suis 11. De liber. & post.* iunct. *l. tutelas 7. D. de capit. minut.* nulla causa est cur non perinde lex atque natura possit filiosfamilias facere, per eos scilicet modos quos in eam rem idoneos & conuenientes esse placuit. Tantum enim hac parte lex potest, vt nec eos quidem filios, quos natura fecit pro filiis habeat, nisi sint illi etiam filiifamilias, Puta si sint emancipati, hi namque pro extraneis non pro filiis habentur *l. quinetiam 55 in fin. D. de rit. nupt.* Illa siquidem summa ciuium romanorum diuisio est quod vel patresfamilias sunt, vel filiifamilias, vel matresfam. vel filiæfamilias *l.4. D. de his qui sui vel alien. iur. sunt.* Nempe ciuilis legislator nihil nisi reipublicæ dignitatem ob oculos habens, quæ ex familiarum præcipuè dignitate æstimatur, cùm non nisi ex priuatis singulorum familiis totum reipublicæ corpus constituatur, omnia referrat iura familiæ, vt qui in alterius familia non est, etiamsi natura filius aut filia nepos neptísve sit, nullomodo tamen ad eum pertinere existimetur. Idémque in patre vicissim obtinet vt qui paterfamilias esse desiit, is nec pater iure ciuili esse videatur. Sicut enim patris & filij nomina correlatiua sunt, ita & patrisfamilias & filiifamilias *d. l. in suis* iunct. *l. pronunciatio 195. §. familia De ver. signif.*

L. in suis 11. De liber. & posthum. l. pronūciatio 195. §. familia De ver. signific.

Itaque obseruandum est Principium iuris hoc non sic habere vt filios simpliciter non minùs adoptio facere possit quàm natura, sed de filiisfamilias conceptum esse, quia filios simpliciter cùm dicimus naturales tantùm intelligimus quos proinde sola natura potest facere non etiam adoptio, aut alia quælibet ars iuris ciuilis. Quid? inquies, An ergo fieri queat, vt filius non sit qui filiusfamilias est? Ita sanè est, vt non absolutè filius dici debeat, sed cum adiectione illa *familias* is qui per adoptionem duntaxat filiusfamilias est. Nam nec secundum logicos valet consecutio ab eo quod est simpliciter

pliciter ad id quod est secundum quid, aut contra. Videtur autem dicta adoptio ab optione, quo nomine electionem significamus *tot. titul. de opt. legat.* Iuncta particula *ad* quæ augere solet significationem, vt intelligamus esse optionem additam optioni, id est duplicem electionem vnam patris volentis habere hunc filium, aliam filij volentis habere hunc patrem. Porrò non lege duodecim tabularum aut alia vlla inductum fuit hoc ius adoptionis, sed moribus ex quibus ipsum quoque ius & nomen patriæ potestatis, vt diximus ad *titul. de patria potest.* Quò pertinet ratio illa *l. quæsitum* 34. *hoc titu.* quòd moribus nostris non conueniat filium habere temporalem.

ILLATIO I.

De suitate liberorum adoptiuorum.

EX hoc Principio illud primùm fit, vt quemadmodum filii familias ex iustis nuptiis quæsiti sunt sui heredes patri, & consequenter non solùm in ipsius potestate, sed etiam ita vt primum locum gradúmque obtineant in causa succedendi (quæ suorum heredum diffinitio est *dicta lege in suis* 11. *De liber. & posthum. l. scripto* 7. *D. vnd. liber. l. vltim. D. de bon. damnat.*) ita & illi qui per adoptionem filiifamilias facti sunt, *l.* 1. *§. suos de suis & legit.* quorum in toto iure ob hanc causam eadem condicio est, quæ naturalium & legitimorum, scilicet quandiu adoptionis ius durat. Nam sublata per emancipationem patria potestate minus iuris habent qui adoptiui tantùm quàm qui naturales & legitimi fuerunt, vt postea dicemus ex *§. minus ergo iuris* 11. *Insti. de hered. quæ ab intest. defer.*

ILLATIO II.

De patre adoptiuo in ius non vocando.

SEcundò ex eodem Principio fit, vt adoptiuum patrem in ius vocare filius non possit, iure magis patriæ potestatis quàm imperio edictóque prætoris *l. adoptiuum* 8. *D. de in ius vocand.* quia cùm ius patriæ potestatis faciat, vt vna eadémque patris & filij persona esse intelligatur *dicta lege in suis De liber. & post.* non tantùm iuris constitutio, sed etiam ipsa rei natura impedimento est ne paterfamilias cum filiofamilias, aut filiusfamilias cum patrefamilias agere possit, non magis quàm alius quisquam cum seipso *l. ne cum filiofamilias* 16. *D. de furt. l. Imperator* 50. *D. ad SC. Trebell.* Subiicienda tamen exceptio est quam Vlp. subiicit in *dicta lege adoptiuum*, Nisi filiusfamilias miles proponatur habens peculium castrense. Nam ratione peculij castrensis poterit in ius vocare patrem, siue naturalis ille sit, siue adoptiuus, causa tamen cognita & venia ex edicto petita, quoniam filiusfamilias in peculio castrensi pro patrefamilias habetur *l.* 2. *D. de SC. Maced.* Sic & excusatur filius adoptiuus qui patri adoptiuo paruit sicut & qui naturali, quoniam parere æquè habuit necesse *l. si post mortem* 12. *§. si in adoptionem De bon. poss. contr. tab. iunct. l.* 4. *de regul. iur.*

L. adoptiuũ 8. D. de in ius vocand.

L. ne cum filiofamilias 16. D. de fur. l. imperator 50. D ad SC. Trebell.

L. si post mortem 12. § si in adoptionẽ De bon. poss. contr. tab. iunct. l. de reg. iur.

ILLATIO III.

De nomine liberorum.

L. lege Iulia 44. §. ite nihil. refert. D. hoc tit.

TErtiò ex eodem Principio fit vt in legibus interpretandis quæ de patre simpliciter locutæ sint, non distinguatur pater naturalis ab adoptiuo *l. lege Iulia 44. §. item nihil refert D. de rit. nupt.* quia quamuis patrem simpliciter cùm dicimus eum intelligamus qui natura sit pater, cùm sit nomen naturale non ciuile, vt iam diximus, si tamen à lege verbum illud proferatur, non nisi de illo patre intelligi potest qui legitimus sit, qualis vtique non minùs ille est qui adoptiuus, quàm qui naturalis pater est *l. nec in ea lege 22. D. ad leg. Iul. de adult.* sed nec tum quidem melior est condicio liberorum ex iustis nuptiis quàm per adoptionem quæsitorum, cùm lex quæ de patribus & liberis loquitur naturali ratione nititur magis quàm ciuili, vt in specie *l. 1. §. liberis* iunct. *l. vltim. §. ex bonis de bon. damnat.* id est si agatur de aliqua portione bonorum damnati ipsius liberis tribuenda. Non solùm enim tribuitur si ex iustis nuptiis quæsiti sint, sed etiamsi ex adoptione. Sed cum hac tamen distinctione, nisi adoptio in fraudem facta sit, quæ distinctio in liberos ex iustis nuptiis natos non cadit. Caue tamen ne cum interpretibus putes in *dicto §. liberis*, natos ex iustis nuptiis opponi naturalibus, id est susceptis ex concubina, quos hodie naturales appellamus. Fuit enim istorum ius & nomen incognitum legibus nostris ante tempora Constantini, vt scripsimus ad *titu. praced.* ex Iustin. *Nouell. 89. quib. mod. natur. effic. sui.* Quid ergo? Opponuntur liberis susceptis ex nuptiis iniustis qui nec liberorum nomen merentur *§. si aduersus, Inst. de nupt.*

ILLATIO IV.

De non ducenda per filium adoptiuum etiam emancipatum vxore patris adoptiui.

QVartò ex eodem Principio fit, vt adoptiuus filius etiamsi emancipetur, eā tamen quæ patris adoptiui vxor fuit vxorem ducere non possit, quia nouercæ locum habet, inquit Paulus in *l. adoptiuus 14. De rit. nupt.* Non alia ratione quàm quòd adoptiuus pater fuerit pater non minùs quàm si & naturalis & legitimus pater fuisset. Item si quis filium adoptauerit, vxorem eiusdem quæ nurus loco est, ne quidem post emancipationem filij ducere poterit, quoniam aliquando nurus ei fuit, vt ibidem Paulus subiungit, Nempe quia filiusfamilias adoptiuus verè filiusfamilias fuit non minùs quàm si ex iustis nuptiis quæsitus esset.

ILLATIO V.

De illo qui adoptatus sit nepotis loco.

QVintò ex eodem Principio fit, vt si quis nepotis loco aliquem adoptet, vel quasi ex filio quem habeat iam adoptatum, vel quasi ex illo quem naturalem in sua potestate habet, eo casu & filius consentire debeat ne alioquin ei inuito suus heres adgnascatur *l. cùm nepos 6. l si is qui filium 11. D. hoc titu. §. sed si quis 7. Instit. eod.* Sicut enim magnum quiddam est, sui heredis iura in alicuius familia habere, vel ob id maximè

quod

quod suus heres vel instituendus omnino est, vel exheredandus nec nisi certis meritísque de causis ab hereditate summoueri potest *d.l.vlt.D. de bon. damnat.* ita nec cogendus quisquam est, vt alieno facto eum habeat heredem quem habere nolit. Constanter enim veteres decreuerunt testamentorum iura ipsa per se firma esse oportere nõ ex alieno abitrio pendere *l.illa institutio 32. D. de her.inst.* nec in potestate alterius esse debere an hic aut ille mihi inuito succedat *§.at hi qui emancipati* 10.*in fin.Instit.de heredit.quæ ab intest.defer.l. nec ei* 17. §.1. *D.hoc tit.* Excipe casum *l.12.§.medio tempore De capt.& postl.* de quo scripsimus ad Princip.4.*illat.*5.*ad fin.tit.præced.*

ILLATIO VI.

De spadone & castrato.

SExtò ex eodem Principio fit vt etiam hi qui generare non possunt nec proinde naturales vllos liberos habere, tamen adoptare possint, & per adoptionem fieri parentes *l.2.§.illud vtrisque* D.*hoc tit.* quippe cùm liberos nõ tantùm natura faciat, sed etiam adoptio. Quod autem de iis qui generare non possunt dicimus de iis intelligimus qui non tam natura quàm corporali & temporali aliquo vitio impediuntur ne possint generare, quales sunt spadones, de quibus in *d.§.illud*, non etiam castrati *§.sed & illud hoc tit.* Nam & inter spadonem castratúmque differentia illa est, quod spado matrimonium contrahere potest, castratus non potest *l.si serua seruo* 39.§.1.D.*de iur. dot.* ideóque matrimonij causa manumittere ancillam spado potest, castratus non item *l.alumnos* 14.*§.1.in fin.D. de manum. vindict.* De quo scripsimus ad Princip.3.*illat.* 1.*titul.præced.* & dicemus ad Princip. 3.*infr. eod.* Iunge *l. adrogato* 40.*§. vltim. hoc tit.*

L.2.§. illud vtrisque D. hoc tit.

§.sed & illud hoc tit.

L. si serua seruo 39. §. 1.D. de iur. dot.

L. adrogato 40.§.vl.D. eod.

ILLATIO VII.

De patrefamilias, qui fit filiusfamilias per adoptionem.

SEptimò ex eodem Principio fit, vt quamuis paterfamilias, id est qui semel sui iuris fuit non magis fieri possit filiusfamilias per rerum naturam, quàm denuo nasci, nihil tamen prohibeat fieri eum filiumfamilias & alieni iuris, scilicet per adoptionem illam quę specialiore nomine adrogatio appellatur *l.§.1. & l.2.in prin.*D.*hoc tit.* Hoc verò cur ita nisi quia filiosfamilias non tantum natura, sed etiam adoptio facit, vt Principium nostrum habet.

L.1.§.1.& l. 2.eod.

ILLATIO VIII.

De adrogati liberis in adrogatoris potestatem venientibus.

OCtauò ex eodem Principio fit vt qui liberos in potestate habet si se adrogandum dederit non solùm ipse potestati adrogatoris subiiciatur, sed & liberi eius in eiusdem fiant potestate tanquam nepotes,

d.l.2.§.vlt. d.l. adrogato 40.in pri. eod.tit. *d.l.2.§.vlt.d.l.adrogato* 40.*in princip.eod tit.*Nempe quia cùm per adrogationem is qui erat sui iuris subiiciatur alienæ potestati vt proxima illatione diximus,consequēs est vt non tantùm liberi,sed & cętera omnia quotquot in sua potestate habebat,id est etiam bona ipsius omnia trāseant in potestatem adrogatoris vt Vlp.loquitur in *l.si adrogator* 15.*eod.*quæ erat species acquisitionis vniuersalis per adrogationē,à Iustiniano tamē valde immutata,& ad vsumfructum coarctata vt cōstat ex *ti.De adquis.per adrogat.*exemplo eius quod in patribus naturalibus & legitimis fuerat constitutum ab eodem Iust.*l.cùm oportet* 6.*C.de bon.quæ liber.*Olim namque nihil excipiebatur,sed trāsibant omnia ab adrogato in adrogatorem iis tantùm exceptis quæ per capitis diminutionem perirent, quemadmodum idem Iustin.supradicto institutionum loco refert, Ob idque dicitur mutari dominium per adoptionem *l.si dominium* 47.*D. de furt.* Excipe tamen casum singularem *l.miles* 4.*§.vltum.D. de castrens. pecul.* De cuius loci sententia dicemus ad Princip.6.*titu.seq.illat.*8. Addit Vlp.eos quoque liberos qui post factam adrogationem postliminio redierunt, adeóque qui adrogationis tempore in vtero fuerunt simili modo redigi in eandem potestatem : Ne scilicet alioqui eueniat, vt in sua potestate quicquam habere videatur qui ipse non sit suæ potestatis *l. sic eueniet* 21. *D. ad l. Iul. de adult.* In quo differt adrogatio ab alia illa specie adoptionis quæ retento generis nomine adoptio appellatur, & quæ non Principis autoritate,vt adrogatio,sed magistratus imperio fit,cùm paterfamilias,non seipsum,sed eum quem in potestate sua habet, siue primum gradum ille obtineat qualis est filius filiáve, siue inferiorem vt nepos neptísve, dat in adoptionem *dicta lege* 2.*hoc tit.* Nepotes enim ex hoc filio non simul cum patre transeunt in familiam adoptatoris,sed in aui potestate, in qua nati sunt, retinentur *d.l.adrogato* 40. *in princip.* vbi manifesta hæc inter adoptionem & adrogationem differentia constituitur, Ex qua etiam explicandum est quod scribit Caius in *d.l.2.§.vlt.*ius hoc proprium esse illius adoptionis, quæ per Principem fit, id est, adrogationis vt cum adoptato transeant eius liberi in familiam adrogatoris, Non quasi adoptio aliqua sit, in qua eueniat, vt qui sit alieni iuris liberos suos in sua retineat potestate, sed quoniam in adoptione illa quæ adrogatio non est filius quidem familiam mutat, nepos autem in aui naturalis potestate remanet, quia & in eiusdem aui potestate erat ante filij adoptionem, nec ratio vlla est cur mutet familiam, non mutante illo in cuius familia est, cùm non sit in familia patris sui, qui nullam vnquam habuit, sed in aui qui totius familiæ in qua & filius & nepos erant, caput fuit, nec eo minùs eandem familiam retinet quod ex ea filium eiecerit retento nepote. Quod in adrogatione diuersum est *l.3.in princip.* D.*de capit.minut.*

d.l.2.§.vlt. hoc tit.

l.3.in prin. D. de cap. minut.

ILLATIO IX.

De autoritate Principis adhibenda in adoptione.

l.2.D. hoc tit. NOnò ex eodem Principio fit vt adrogatio non possit fieri solius magistratus imperio, sed autoritas Principis in eam rem necessaria sit, *d.l.2. hoc tit.* quia cùm per adrogationem is qui erat paterfamilias, id est qui familiam

liam habebat in ciuitate, fiat filiusfamilias, atque ita non ille tantùm, sed ipsa etiam respublica familiæ detrimentum patiatur, æquum fuit adhiberi olim consensum totius populi ad permittendam adrogationem ne per eam inscia respub. læderetur, cuius quàm maximè intererat augeri potiùs quàm minui numerum familiarum, quippe ex quarum & multitudine & amplitudine ipsius quoque reipublicæ dignitas & amplitudo æstimetur. Si enim populi romani iniussu ciuem romanum occidi nefas erat cùm ea ratione vno capite ciuitas minueretur, quantò magis prouidendum erat, ne eiusdem, populi iniussu tota vna familia de ciuitate tolleretur? Itaque dicebatur per populum ea fieri adoptio, quæ adrogatio vocabatur vt Vlpian. refert *titu.*8. *§ regul.§.*1. *&* 2. ex quo & adrogationis nomen sumptum fuisse vult A. Gellius *lib.*5. *capit.* 19. quia genus hoc in alienam familiam transitus fieret per populi rogationem. Vnde etiam illud eueniebat quod sequitur apud eundem Vlpianum, vt adrogatio Romæ tantùm fieri posset, odoptio verò etiam in prouinciis apud præsidem, quia cùm adrogatio non nisi comitiis curiatis quę maiora erāt fieri posset, nemo nescit eiusmodi curiata comitia alibi quàm romæ fieri nō potuisse. Nobis autē hæc nostra ratio magis placet quàm quæ adfertur à Brissonio *lib.*1. *De ver. signific.* in verb. *adrogari*, quod inquit iure à maioribus prodito libertatem nemo ciuis romanus sine populi romani autoritate amittere poterat. Quando nec libertatem, nec verò ciuitatem amittit qui adrogatur, sed familiam duntaxat *l. vltim. D. de capit. minut.* Quum verò ea totius reipublicæ maiestas quæ olim erat penes populum, postea lege regia fuerit in Principem translata *l.*1. *D. de constit. Princip.* cœpit vt sufficere, ita & necessaria esse autoritas Principis vice autoritatis populi, *l.*2. *ad fi. C. hoc ti.* cùm post eam legem regiam Princeps non solùm id facere possit quod populus vniuersus olim faciebat, sed plus etiam quàm populus facere posset, quando & populum ipsum sub imperio suo habet: ita vt ob eam causam supra leges quoque esse dicatur, Nempe quod sit supra populum cuius erat facere legem, vt pluribus diximus ad *tit. De iur. natur. gent. & ciuil.* Hæc verò omnia diuersa erant in alia specie adoptionis, quæ specialiter adoptio nuncupabatur. Poterat enim & apud magistratum fieri populo inscio, & in prouinciis quoque apud Præsidem vt supradicto loco Vlpianus refert, Nempe quia per eam non reipublicæ ius læditur, sed familiæ duntaxat priuatæ, cùm familiarum quę in ciuitate sunt numerus non idcirco minuatur.

ILLATIO X.

De causæ cognitione in adrogationibus adhibenda.

DEcimò ex eodem Principio fit, vt in adrogationibus causæ cognitio vertatur, Num fortè minor sit annis sexaginta is qui adrogat, quia magis liberorum creationi studere debeat, nisi fortassis morbus aut valetudo impedimento sit, aut alia interueniat iusta causa adrogandi, Veluti si coniunctam sibi personam velit adoptare *l. si paterfamilias* 15. §. *in adrogationibus* D. *hoc titu.* Item an plures quis adrogare velit, quod multò difficilius est permittendum, nec nisi ex magna & iusta causa vt ibidem subiungit Vlpianus. Nam cùm ea potissimum causa sit permittendę adrogationis, vt familia forsitan illustris quæ in eo esset, vt quia filiusfamilias in ea nullus extaret, iamiam

L. si paterfamilias 15. §. *in adrogationibus D. hoc tit.*

extinctum iri videretur per adrogationis auxilium in lõgiores annos produci ac perpetuari posset, *l.3.C.eod.* Nõ potest ratio hæc necessitatem inducere plurium adrogandorum quandoquidem per vnum filium æquè ac per plures familia perpetuatur, cùm sperandum sit fore vt ex vno illo filio plures nepotes nascantur. Sed & cùm adrogatio eorum duntaxat fiat qui sui iuris sunt, & qui familiam propriam habent, necesse est, quanto plures sunt quorum adrogatio permittitur, tanto grauius ex familiarum diminutione adferri reipublicæ detrimentum. Illud etiã in causæ cognitione versatur, an libertus alienus sit is, qui dat se adrogandum. Nam nec hoc permittendum est inscio patrono cuius iura facto alieno lęderentur. Item an adrogator ætate minor sit adrogato. Nã cùm vtraque adoptionis species in iis demum personis locum habeat, in quibus etiam natura potest habere, permittendum non est, vt minor natu maiorẽ adoptet quem neque per monstrum, aut prodigium habere filium possit *d.l. si paterfam. §. vlt. cum l. seq.* Rursum nec ei permittitur adrogare, qui tutelã, vel curam alicuius administrauit, si minor annis vigintiquinque sit qui adrogatur, Ne fortè ideò eum adroget dolo malo vt se liberet à reddendarum rationum necessitate, inquit idem Vlp. in *l. nec ei 17. eod. tit.* Priuati namque adrogatoris vtilitas quę permittendæ adrogationis causam præbeat, & honesta esse debet, & cum vtilitate reipublicæ coniuncta, non ad fraudem iuri publico faciendam excogitata. Cur enim permitteretur id fieri quod vel tantillum publicam læderet vtilitatem, nisi maioris cuiusdam vtilitatis ratio permissionem huiusmodi extorqueret? Aut cur priuata vtilitas publicæ anteponeretur? Multò igitur magis inquirendum est an subsit & lateat sub honestatis & vtilitatis publicæ prætextu turpis aliqua causa adrogandi: Cùm ad impediendam adrogationem, vel hoc vnum sufficiat nullam eius permittendę satis idoneã causam proponi *d.l.3.C.eo.* Nõ possit autẽ idonea esse causa, quæ est etiam turpis. Sicut enim primum iuris præceptum est, honestè viuere, Ita nihil è cõtrario est quod ciuilis legislator magis habeat odio quàm ea, quæ vel minimã turpitudinis speciẽ, vel occasionem præseferãt. At in ea specie adoptionis quam ex generis nomine specialiter adoptionẽ vocari diximus nulla causæ cognitio vertitur, quia per eam neque reipublicæ, neque vllius priuati ius læditur, cùm familia tãtùm mutetur, non etiam vlla amittatur. Proindéque sufficit adesse consensum & patris naturalis qui dat in adoptionem, & filij qui adoptatur, siue patri expressim ille consentiat, siue tacitè hoc ipso, quod non contradicit *l. in adoptionibus 5. D. hoc tit.* Quare nec quicquam prohibet plures filios adoptari hoc genere adoptionis, siue ab eodem patre, siue à diuersis in adoptionem dentur, cùm nullius intersit nisi eius qui dat in adoptionem, & eius, qui datur. Quamquam illud vtrique adoptioni commune est vt honesta non turpis esse debeat: quod ipsum ad religionem eius pertinet qui permittit adoptare, siue Princeps ille sit, siue magistratus, Cùm ob eam nimirum causam inductum sit, vt nemo propria autoritate possit adoptare, sed vel Principis imperio vel autoritate magistratus interueniente. *d.l.2.* in cuius tamen Principio scriptum mallem *generaliter* quàm *generalis*. Adoptio enim generalis nulla est, licèt adoptionis nomen aliud generale sit, id est quod generaliter sumitur, aliud speciale per quod adoptio distinguitur ab adrogatione.

l.3.C. eod.

d.l. si paterfamilias §. vlt. cum l. seq.

L. nec ei 17. eod. tit.

In adoptione quæ non fit per adrogationẽ nulla causa cognitio vertitur.

L. in adoptionibus 5. D. eod.

l.2. eod.

ILLA-

ILLATIO XI.

De adrogatione pupilli.

VNdecimò ex eodem Principio fit vt cùm adrogatur pupillus, longè maiorem & exactiorem causæ cognitionem adhiberi oporteat, quandoquidem hoc casu non tantùm filiusfamilias fit is qui antea paterfamilias erat, sed etiam is qui per ætatem iudicio carens prospicere sibi non potest nec deliberare, an expediat sibi vt adrogetur atque ita capite minuatur. Nam in eo qui non modò sui iuris esset verùm etiam sui iudicij & suæ ætatis, ipsius duntaxat voluntatem explorari oporteret *l. in adoptionibus* 5. *D. hoc titul.* quia imputare sibi deberet, qui minùs bonum pro se consilium cepisset, séque capite minui vltro passus fuisset. At ei qui non tanto iudicio per ætatem polleat, quanto est opus ad tanti momenti rem peragendam, necessarium est vt ex autoritate & iurisdictione magistratus succurratur adhibita causæ plenissima cognitione. Qua etiam ratione rectè sub Diuo Claudio mutatum est quod antea obtinuerat ne curatoris autoritatem intercedere necesse esset in adrogatione *l. quod ne curatoris* 8. *D. eodem tit.* Quod ego sic intelligo siue minor annis vigintiquinque habens curatorem adrogare vellet, siue dare se adrogãdum. Vtroque enim casu magno iudicio opus est, quod tamen non satis firmum habere creditur illa ætas quæ minor est annis vigintiquinque *l.* 1. *D. de minor.* Quamquam eo casu quo minor non adrogare sed adrogari velit, illa etiam ratio facit necessariam curatoris autoritatem, quòd per adrogationem futurum sit vt curatoris administratio dissoluatur, cùm curator non in aliud detur, quàm vt habeat administrationem bonorum minoris, qui porrò nulla bona est habiturus facta adrogatione, sed omnia simul cũ suo capite in adrogatoris familiam & potestatem translaturus *d. l. si paterfamilias* 15. *in princip. l. qui liberis* 11. *§. testamento De bonor. poss. secund. tabul.* Absurdũ verò est solui curationem non consentiente, adeóque forsitan ignorante illo qui curator legitimè fuerit constitutus, vt hac ipsa in specie ratiocinatur Iustin. tam de curatoribus quàm de tutoribus tractans in *l. vlt. C. de autor. præst.* In eo autem primùm versatur causæ cognitio quæ in huiusmodi pupillorum adrogationibus interponenda est, vt iis duntaxat pupillorũ adrogatio permittatur, qui vel naturali cognatione vel sanctissima adfectione ducti consilium votúmque adrogandi susceperint. Cæterorum prohibeantur adrogationes, Ne in tutorum potestate esset & finire tutelam & substitutionem pupillarem à parente factam extinguere, vt eleganter Vlp. ait in *d. l. nec ei* 17. *§.* 1. *hoc tit.* Certum enim est per adrogationem sicut impubes ex patrefam. fit filiusfamilias, ita & irritum fieri pupillare testamentum quod pater naturalis moriens fecerat filio suo in potestate, ita vt nec iure prætorio conualescat, cùm fieri nequeat extra causam militis de castrensi aut alterius de quasi castrensi peculio testantis vt filiusfamilias quis decedat, & cum testamento. *l.* 2. *& pass. D. de vulg. & pupill. subst. §. non tamen Instit. quib. mod. testam. infirm.* Excutiendum autem illud imprimis est quæ facultates pupilli sint, & quæ eius qui adoptare pupillum velit, vt ex earum comparatione æstimetur, an pupillo salubris futura sit adoptio & vtilis, necné, Ne scilicèt sub obtentu copulandæ adoptionis in facultates pupilli quæ omnimodo & diligenter ei seruandæ sunt adrogator irruisse videatur, vt eleganter scriptum est in *l.* 2. *C. hoc tit.* Deinde inspiciendum est cuius vitæ

d. l. in adoptionibus eod.

L. quod ne curatoris 8. *eod. tit.*

L. vlt. C. de autor. præst.

d. l nec ei 17. *§.* 1. *D. hoc tit.*

L. 2. *C. eod.*

ſit is qui pupillum redigere vult in familiam ſuam, vtrúmne honeſtæ an turpis & probroſæ. Hoc enim caſu quonam obſecro colore adrogandi facultas ei eſſet indulgenda? An fortè intereſſet reipublicæ perpetuari familiam eius, cuius memoriam penitus aboleri potiùs intereſſe dicendum eſſet? Tertiò cuius ætatis ſit hic adrogator, vt perpendatur an melius ſit de procreandis liberis eum cogitare quàm ex aliena familia quemquam redigere in ſuam poteſtatem *d.l.nec ei §.2.* quod & in omnibus adrogationibus eſſe ſpectandum diximus illat. præcedente. Inuitat enim legiſlator ciues ſuos ad contrahendas nuptias quantum poteſt, & ad procreandos liberos ad rempublicam non modò conſeruandam & perpetrandam, ſed etiam amplificandam, quæ tamen per adoptiones minui potiùs quàm amplificari poteſt: minuitur namque ſi familia vna amittatur quod fit per adrogationem. Amplificatur verò nũquã, ſiquidem illo etiam caſu quo in adoptionem datur filiusfamilias qui nullamdum familiam habet, reſpublica ſanè nõ minuitur, ſed nec augetur, quomodo per filium ex iuſtis nuptiis quæſitum vno capite augeretur. Reipublicæ autem intereſt quàm maximè non ſolùm vti ne minuatur, ſed etiam vt in dies augeatur. Addit Vlp. in *d.l.nec ei*, prætereà videndum eſſe an non debeat permitti ei qui vel vnum iam habebit vel plures fortaſſe liberos alium adoptare. Ne, inquit, aut illorum quos ex iuſtis nuptiis procreauit diminuatur ſpes ſuccedendi quam vnuſquiſque liberorum ſibi obſequio paret, aut qui adoptatus fuit, minùs percipiat, quàm dignum erit eum conſequi: vſu enim compertum eſt nulla magis re quàm ſpe ſuccedendi liberos in obſequio contineri, vt paternam beneuolentiam quam natura conciliauerit, perpetuis obſeruantiæ officijs retineant. Facit *l.ſi quando* 35. *§.illud C. de inoffic. teſtam. l. quidam cùm filium* 132. *De verb.obligat.* Interdum & ditiorem permittetur adoptare pauperiori, ſi vitæ eius ſobrietas clara ſit, vel hõneſta adfectio nec incognita *d.l.nec ei §.penultim.* Quid enim commune habet paupertas cum fide, vitæque probitate? *§. vltim. infr. De ſuſp. tutor.* Apparet autem ex ea ratione adoptandi verbum coarctandum hîc eſſe ad adrogationem, quoniam filiusfamilias qui ſolus propriè adoptatur, nec pauperior, nec ditior eſſe poteſt cùm bona omnino nulla habeat *l.lex Cornelia* 28. *De vulg. & pupill. ſubſt.* Illud quoque amplius eſt quoties pupillus adrogatur quod ſatiſdatio neceſſaria eſt vt ait Vlp. in *dict. l. nec ei* 17. *§. vltim.* Nam vt in *l. ſeq.* ſubiungitur ex Marcello, Non aliter voluntati eius qui pupillum volet adrogare ſubſcribendum erit, quàm ſi cauerit ſeruo publico ſe bona illa omnia quæ à pupillo conſecutus fuerit illis reſtituturum ad quos res peruentura eſſet ſi adrogatus in ſuo ſtatu permanſiſſet. Quod & ſcriptum eſt in *dict. l.* 2. *Cod. eod.* Obſeruandum tamen eſt, quod apud Marcellum additur *ſi cauſam eius ob alia probabit*, vt intelligamus non ſufficere ad permittendam adrogationem, vt adrogator ſatiſdationem offerat, ſi adrogationis alia iuſta cauſa nulla ſit, ſicut nec vlla alia iuris parte poteſt vnquam facere ſatiſdatio, vt ob id ſolùm quòd quis ſatiſdare paratus ſit, habeat ſibique acquirat actionem quam aliter non haberet. Hæc autem ſatiſdatio vbi præſtita eſt, non tantùm legitimis pupilli ſucceſſoribus prodeſt, ſed etiam generaliter iis omnibus quorum intereſt, puta libertatibus quæ ſecundis tabulis datæ ſunt, itémque legatarijs, multò autem magis ſubſtituto ſeruo, ſunt enim generalia verba illa ſatiſdationis ab adrogatore præ-

d.l.nec ei §.2. — *d.l.nec ei §.ſeq.* — *d.l.nec ei §.penult.* — *d.l.nec ei §.vlt. cum l.ſeq.* — *d.l.2 C.eod. l.18. D.eod.*

præstandæ *l. his verbis* 19. *eod. titul.* vbi tamen quod scriptum legimus *libertatibus profectum esse* mihi durius videtur, malléinque legere *prospectum* quomodo & aliis plerisque locis prudentes loquuntur. Quod verò additur *substituto seruo* ostendit non cuilibet alij substituto pupillari prospici per huiusmodi satisdationem, sed substituto seruo duntaxat, quia fieri nullomodo potest vt qui in aliena potestate moritur, decedat cum eo testamento quod alius ei fecerit quàm is in cuius potestate mortis tempore reperitur. Atqui pupillaris substitutio nihil aliud quàm testamentum filij est *l. 2. l. sed si plures* 10. *§. ad substitutos* De *vulg. & pupill. subst. l. Papinianus* 8. *§. sed nec impuberis D. de inoffic. testament.* Pupillarem ergo substitutionem quam pater fecerat filio impuberi qui nunc adrogatur prorsus extingui necesse est, vt iam suprà diximus ex *dict. lege nec ei* 17. §. 1. in illis verbis *& substitutionem à parente factam extinguere.* ita vt nec iure prætorio conualescat, licèt nostri vulgo post Accurs. & Bart. contrà sentiant, Vt proinde quod scriptum est in *l. non aliter* 18. *eod.* per hanc satisdationem cauere adrogatorem se restituturum ea quæ ex bonis adrogati consecutus fuerit illis ad quos res peruentura esset si adrogatus permansisset in suo statu, necessariò restringendum sit quantum ad successionis causam pertinet ad legitimos pupilli successores non etiam protrahendum ad pupillarem substitutum, quamuis ad eum peruentura fuerit hereditas si impubes in suo statu permansisset & in eadem ætate decessisset. Facilè namque patitur lex eam iniuriam fieri non solùm substituto, sed etiam testatori patri qui filio suo testamentum fecerat, Vt nimirum magis cõsultum sit pupillo, cui vtiliorem adrogationem quàm pupillarem substitutionem esse probaríque necesse est, priusquàm eò deueniatur vt adrogatio permittatur. Cùm enim non nisi ob pupillorum vtilitatem moribus receptum sit contra iuris communis regulas, vt pater filio impuberi testamentum facere possit, quoniam pupillo non solùm vtilius sit sed etiam honorificentius sit testamentarium heredem quàm legitimum habere *l. Iulianus* 42. *D. de acquir. hered.* non fuit æquum tantã haberi rationem pupillaris substitutionis, vt eius tuendæ gratia vel adrogatio quæ pupillo vtilior futura esset impediretur, vel tantam vim legibus fieri necesse esset quanta fieret, si mutata familia, mutatóque patre idem testamentum quod prior pater filio fecerat, defenderetur. Alioqui plus priuilegij haberet pupillaris substitutio quæ est exorbitans à iure communi quàm testamentum aliud quodlibet patrisfamilias adrogati, quod per adrogationem factum irritum non aliter conualescit iure prætorio quàm si noua voluntas intercedat *l. qui liberis* 11. *§. testamento de sec. tab.* Substituto tamen necessario id est seruo prospicitur per adrogatoris satisdationem, at non quasi substituto, sed quasi seruo, id est non ratione hereditatis, sed ratione libertatis. Cur enim deterioris condicionis esse debeat seruus pupillariter substitutus qui & liber, & impuberi heres esse iussus est, quàm cæteri serui quibus datas in secundis quoque tabulis libertates conseruandas esse placuit? Hic enim cæteris fauorabilior, testatoríque dilectior fuisse credendus est à quo scilicet non tantùm libertatem meruerit sed etiam pupilli hereditatem. Ob ídque nimirum Vlpianus de hoc seruo substituto loquitur postquàm de aliis libertatibus locutus fuit, rursúsque mox de legatariis loquitur, vt doceat satisdationem illam ad legatorum duntaxat

L. his verbis 19. eod.

L. non aliter 18. eod.

Cur substitutio pupillaris sit fauorabilis.

Casus in quo maior est fauor legatorum & libertatum quàm substitutionis pupillaris.

& libertatum tuitionem, non etiam ad testamentariæ successionis causam pertinere. At inquies, Potéstne fieri vt irrito facto pupilli testamento legata aliqua vel libertates ex eo debeantur? Minimè. Et ob eam nimirum causam satisdatio necessaria est per quam & libertatibus & legatis prospiciatur, vt quæ ex testamẽto peti non poterunt ex stipulatione tanquam debita exigantur. Et hic germanus ni fallor Vlpiani sensus est in *d.l.his verbis*. Dices, Cur non ergo æque substituto pupillari cuilibet prospicimus per eandem satisdationem, vt quamuis iure corruat pupillaris substitutio per adrogationem, tamen ex stipulatione possint bona peruenire ad substitutum potiùs quàm ad legitimos successores adrogato impubere defuncto? Nec enim minùs absurdum est eum qui filiusfamilias & in noui patris potestate decesserit legitimũ heredẽ habere intelligi, quàm vt testamentarium quem prior pater dederat, retinuisse intelligatur. Et sanè fatendum est sine herede pupillum decedere qui in adrogatoris familia decedit, viuo scilicet adrogatore. Sed tamen fauorabilior hac parte visa est causa proximi agnati qui legitimus pupilli heres futurus erat quàm testamentarij, id est pupillaris substituti, vt illi non etiam huic prospici debuerit per remedium satisdationis, Quia substituti pupillaris persona certa est, quæ proinde non nisi improbè ac contra bonos mores sollicita esse potest de hereditate impuberis adhuc viuentis *l.2.§.interdum D.de vulgar.& pupill.subst.* Præmatura enim est spes successionis quandiu adhuc viuit is de cuius successione tractatur *l.1.§.si impubere D.de collat.bonor.* adeóque indignum se hoc ipso redderet substitutus qui contra ius gentium tantopere festinasset, vt Papinianus loquitur in *l.donari 29.alias l.quidam in fin.D.de donat.* Præsertim cùm possit etiam ipse substitutus ante pupillum mori *l.Statius Florus 48.§.1. D.de iur.fisc.* nec nisi malo nimis omine casus ille sperari possit vt ante substitutum pupillus sit moriturus. At persona illius qui ab intestato successurus sit pupillo incerta est, cùm æstimanda sit ex tempore mortis pupilli quo tempore quisnam proximus ei agnatus futurus sit ignoratur, Veréque hoc casu potest vsurpari dictum illud Imperatoris, Nemo suum occidit successorem. Itaque cùm propter vtilitatem pupilli qui adrogatur, ita ius constitui placuerit vt non aliter adrogatio permittenda sit, quàm si hi qui sanguinis necessitudine pupillo iunguntur id ei expedire apud præsidem prouinciæ confirmauerint, vt scribũt Impp. in *d.l.2.C.hoc tit.* non possunt videri improbi qui solliciti sunt de impuberis hereditate non tam sibi ipsis nominatim quàm ei qui mortis pupilli tempore proximus agnatus futurus sit, conseruanda. Maximè verò cũ ad ipsius impuberis vtilitatem principaliter id pertineat, Ne alioqui maneat eius vita exposita insidiis patris adrogatoris, si fortè consilium malum habuerit prætextu adrogationis irruendi in pupilli facultates, vt habet *d.l.2.* Non enim aut meliùs aut aliter huic periculo prospici & occurri posse visum est, quàm si caueret adrogator se bona pupilli vniuersa restituturum in eum casum quo adrogatus impubes moreretur. Quibus verò, nisi legitimo successori quisquis ille futurus esset? Ideo autem alia etiam ratione legitimo successori potiùs quàm pupillari substituto prospiciendum fuit, quia pupillaris substituti ius temporale est, cùm pupilli pubertate finiatur, legitimi verò successoris ius perpetuum futurum erat si impubes non fuisset adrogatus, siquidem quisquis paterfamilias decedit & intestatus, hereditatem aliquam vt relinquat necesse est, quæ agnato proximo per legem suo tẽpore deferatur. Difficilius ergo est, vt substituto

Cur hac parte fauorabilior causa sit legitimi successoris quàm substituti pupillaris.

d.l.2.C. hoc tit.

tuto pupillari nominatim, quàm vt legitimis pupilli successoribus prospiciatur, quia ius temporale faciliùs tollitur quàm perpetuum. In proposito autem tanto faciliùs, quòd spes legitimæ successionis est ex iure communi, ius verò succedendi ex pupillari substitutione speciale est, & exorbitans, vt loquuntur à regulis iuris communis, quæ nec patremfamilias de aliis quàm de suis bonis, nec supremam cuiusquam voluntatem ex alieno arbitrio pendêre patiuntur *l. verbis legis* 120. *De verb. signif.* iunct. *l. illa institutio* 32. *D. de hered. instit.* Facilis autem est reditus iuris specialis ad ius commune, sicut & vniuscuiusque rei ad suam naturam *vulg. l. si vnus* 27. *§. pactus ne peteret in fin. D. de pact.* Sed cùm hæc ita sint, illud adhuc mirum videri potest. Cur ergo libertatibus & legatis in pupillari testamento relictis succurramus beneficio satisdationis, nimirum quia non sicut fauor & vtilitas pupilli exigit, vt adrogatio extinguat pupillarem substitutionem, quippe quæ simul cum adrogatione stare nullomodo possit, ita & videri potest illud etiam exigere vt omnino intercidant libertates & legata, nempe quæ rupto vel irrito facto testamento deberi tamen ex fideicommisso possent, etiam ab intestato, & à successoribus legitimis quibuscumque *l. generaliter* 24. *§. ex testamento D. de fideic. libert. l. 1. C. eo.* Parum enim pupilli interest, quid cui ex ipsius mortui bonis præstetur, quomodo tamen eiusdem interest è contrario, vt prætextu pupillaris substituti quem simul cum adrogatore habere nequeat, non prohibeatur adrogari, at prohibeatur potiùs habere substitutum pupillarem quem tamen si ex testamento non habeat, ab intestato habere non potest, non magis quàm decedere simul testatus, & intestatus in iisdem bonis. Denique irrito per adrogationem facto pupilli testamento, nullum ius superest pupillaris substituti, propter quod æquum sit ei succurri per satisdationem, quin potius ex eo tempore incipit locus fieri legitimo quandoque futuro successori, cui si nec magis quàm pupillari substituto succurreretur, euenire necesse esset vt omnes pupilli facultates remanerent penes adrogatorem, quem ea ratione sub obtentu adrogationis in bona pupilli improbè irruisse constaret. Porrò ad eam pupilli successionem vocatus legitimus successor beneficio præstitæ satisdationis, æqui boníque consulere debet quod libertates & legata nihilominùs præstentur, cùm si adrogatio nulla facta fuisset, nihil vtique ille ex pupilli bonis habuisset, tanquam exclusus per substitutionem pupillarem : Sicut & pupillaris substitutus conqueri non potest, quòd pupillaris substitutio facta sit irrita ob maiorem pupilli vtilitatem, cùm nec alia ratio præterquàm pupillaris vtilitatis fecisset vt pupillo ille substitui pupillariter potuisset. Fauemus igitur legitimo successori non contra substitutum pupillarem , cuius causa potior esse deberet , sed contra adrogatorem, adrogatori autem contra substitutum ex causa & fauore ipsius pupilli, qui non potest non esse fauorabilior suo substituto, ipsis verò legatariis, & libertatibus contra legitimum successorem, quamuis libertates & legata non ab ipso legitimo successore præstari possint, qui nec verè succedit ab intestato cùm adrogati qui filiusfamilias decessit hereditas nulla esse possit, sed ab adrogatore præstari debeant tanquam à domino, cuius solius est & libertates dare & legata soluere. In præiudicium tamen agnati proximi, qui si libertates & legata simul cum pupillari substitutione omnino intercidissent, tanto amplius & locupletius pupilli patrimonium per adrogatoris heredúmve ipsius manus ex interposita satisdatione consequeretur. Idque etiam

Substitutio pupillaris est ex iure speciali. Successio autem legitima ex iure communi.

L. generaliter 24. §. ex testamento D. de fideic. libert. l. 1. C. eod.

fauor libertatis postulat, vt quàm citò fieri possit præstetur, nec ei longior mora fiat per circuitum faciendæ legitimo successori restitutionis bonorum pupilli. Cùm verò satisdatio sic conciperetur vt faciendam bonorum pupillarium restitutionem præseferret, intelligimus non potuisse huiusmodi libertates defendi iure directarum. Directæ siquidem competunt ipso iure, non autem præstantur aut restituuntur, vt pluribus scripsimus ad *l.9.C.de fideic.libert. lib.6 Conie. l. cap.16.* Nam si in hac specie sola iuris potestate conseruarentur libertates, vt euenit aliquando factum hominis suppleri potestate legis, vt in *tit.D qui sine manum ad libert.peruen.* nulla opus esset satisdatione, quam tamē adeò necessariam esse constat vt etiamsi omissa sit per errorem fortuitò, vtilis tamen actio quasi ex satisdatione in eam rem inducatur, quemadmodum subiungit Vlp. in *d. l. his verbis.* Cæterùm quod dicimus conseruari libertates & legata per satisdationem, ita accipiendum est si impubes adrogatus in ea pupillari ætate decesserit: alioqui fieri non potest vt aduenient pubertate non intercidant quæ intercidérent etiamsi substitutio pupillaris per adrogationem irrita facta non fuisset. Facit *l.quod fideicommissum 93. De legat.1.* An verò idem dicemus de bonorum pupillarium restitutione legitimo successori facienda? Vt scilicet adrogato post pubertatem defuncto euanescat satisdatio, & ita liberetur adrogator à restitutionis necessitate. Ita innuere videtur Marcellus in *d. l. hæc autem 20. eod.* cùm scribit hanc satisdationem locum habere si impubes decesserit. At si ita est eueniet vt omnia adrogati bona etiam inuiti remaneant penes adrogatorem. Non enim eò magis poterit ille de bonis suis testari quòd pubes factus sit, cùm in eius persona testamenti factionem non solùm pupillaritas impediret, sed illa etiam ratio quæ post pubertatem quoque manet, quòd in aliena esset potestate. Sed respondendum est non idcirco futurum vt in adrogati inuiti facultates irruisse adrogator videatur, quia ex quo tempore adrogatus pubes factus est incipit posse conqueri de adrogatione, ac petere, vt emancipetur atque ita pristinum ius recuperet si putet probétque sibi non expedire, vt in patriam potestatem redigatur. Quod & magistratus ei petenti solet indulgere causa cognita, hoc est si iustum puberis desiderium esse animaduerterit *l.nonnunquam 32 & seq. D. hoc tit.* Quamuis regulare sit vt filius qui in patris potestate est nullomodo possit compellere, patrē vt faciat ne sit filius in potestate siue naturalis sit siue adoptiuus *l. non potest 31. eod.* sicut è contrario inuiti filij naturales vel emancipati non rediguntur in patriam potestatem *l.vl. D.de his qui sui vel alie. iur. sunt,* (quia sicuti ex parte patris patria potestas est quid inæstimabile quod inuito patri auferendum proinde non est *l.filiusfamilias 114.§.sed si liberos De legat.1.* ita ex parte illius qui paterfamilias & sui iuris semel factus est, inæstimabilis res est quod sit sui non alieni iuris) Ergo si impubes adrogatus pubes factus maneat vltrò in adrogatoris potestate cùm non possit ignorare futurum vt in eo statu nullum heredē, neque testamentarium, neque legitimum habiturus sit, nulla fit iniuria legitimo successori, quo etiam inuito & ignorante pubes adrogandum se posset dare, si id sibi crederet expedire, ipsi verò puberi multò minùs, qui cùm posset adrogationem improbare noluit facere, sed in ea perstare maluit, licèt aliquomodo videatur adrogatoris reuerentia prohiberi per verecundiam ne de adrogatione conqueri audeat, semper enim verum est videri eum id maluisse *l. si patre cogente 32. D. de rit. nupt.* Quòd si pubes de adrogatione conqueri velit, nec

Libertates quæ conseruantur beneficio satisdationis non defenduntur iure directarum & quare.

L. hæc autē 20. D. hoc tit.

L. nonnunquam 32. & seq. eod.
L. non potest 31. eod.
L. vlt. D. de his qui sui vel alien. iur. sunt.

nec tamen causam vllam satis iustam vel alleget vel probet, ita vt magistratus videat expedire ipsi vt potiùs in adrogatoris potestate retineatur, non video quænam ei aut legitimo eius successori iniuria fieri videatur cùm non adrogatori sed ipsi adrogato prospiciatur. Planè si adrogator decesserit impubere relicto filio adoptiuo, & mox impubes decedat, non eo minùs heredes adrogatoris tenebuntur, vt & bona adrogati ipsi restituant, & præterea quartam partem bonorum adrogatoris *l. si adrogator 22. eod tit.* Vt enim committatur stipulatio satisdationis, sufficit adrogatum decedere impuberem siue viuo, siue mortuo adrogatore decedat, quamuis adrogatio morte adrogatoris finiatur, fiátque adrogatus sui iuris: Non aliam siquidem condicionem habebat stipulatio præter hanc *si adrogatus impubes decederet §. cùm autem impubes hoc tit.* Puberi adrogato quamuis minori annis vigintiquinque difficilius est vt succurratur, quia cùm ei necessaria sit in integrum restitutio non videtur res capere restitutionem cùm persona statum mutat *l. si ex causa 9. §. Papinianus & §. vlt.* D. *de minor.* Sed tamen magis est vt ei quoque subueniri debeat si doceat se in adrogatione ipsa circumuentum dolo malo adrogatoris, puta si prædo locupletem hominē adrogauerit *l. 3. §. si quis minor D. eo.* Sed non sufficiet vt probet sibi expedire sui iuris esse potiùs quàm alieni, vt deterior sit condicio eius qui seipsum adrogandum dedit, quàm impuberis qui per alium adrogatori datus fuit. Siquidem fieri facilè potest vt expediat adrogato eximi de patria potestate, nec tamen ille ab adrogatore in adrogatione ipsa circumuentus sit, quo casu impuberi postea facto puberi succurretur, minori verò non item. Superioribus verò quæ diximus de adrogati bonis ei restituendis addendum illud est, Defuncto adrogato impubere non tantùm ea bona quæ ille ante adrogationē habuit legitimo successori restituenda esse, sed illa etiam quæ durante adrogatione adrogatori quæsita sunt per adrogatum, puta si adrogatus ille ab aliquo heres institutus adierit hereditatem iussu adrogatoris *d. §. cùm autem impubes. l. vlt. D. si quid in fraud. patr.* Quod etiam obtinet sic multò magis, si adrogato ipsi viuo fortassis sine causa emancipato ab adrogatore fieri restitutionem oporteat, aut ab heredibus adrogatoris ante impuberem defuncti, vt in specie *d. l. si adrogator.*

L. si adrogator 22. D. hoc tit.

§. cùm autē impubes hoc tit.

l. si ex causa 9. §. Papinianus § vlt. D. de min. L. 3 § si quis minor. eod.

d. §. cùm autem impubes: L. vlt. D. si quid in fraud. patr. d. l. si adrogator 22. D. hoc tit.

ILLATIO XII.

De legitima portione debita adrogato ex constitutione D. Pij.

DVodecimò ex eodem Principio fit, vt quemadmodum filiofamilias ex iustis nuptiis quæsito debetur à patre legitima portio quæ olim quarta erat portionis hereditariæ ab intestato competituræ, ita & filiofamilias adrogato similis portio, id est quarta pars bonorum adrogatoris debeatur ex rescripto & constitutione Diui Pij *d. l. si adrogator 22. in princip. & §. 1. hoc tit. l. 2. C. eod. d. l. vlt. si quid in fraud. patron. l. Papinianus 8. §. si quis impubes 15. De inoff. testam. d. §. cùm autem impubes vers. sed etsi Instit. hoc tit.* Non alia vtique ratione quàm quòd paterfamilias fiat per adrogationem filiusfamilias. Atqui rescriptum Diui Pij ad adrogatos duntaxat pertinet non etiam ad filiosfamilias in adoptionem datos, cùm tamen non eo minus filiusfamilias patris adoptiui fit is qui ante adoptionem quoque iam filiusfamilias erat. Ita est. Immo nec ad quemlibet adrogatum huiusmodi rescriptum pertinet, sed ad impuberem duntaxat, vt apparet ex supradictis locis. Itaque si quis iam

d. l. si adrogator 22. in princ. & §. 1. hoc tit. l. 2. C. eod. l. vlt. si quid in fraud patr. l. Papinianus 8. § si quis impubes 15 De inoff. test. §. cùm autem vers. sed etsi hoc tit.

pubes factus adrogandum se dederit nulla ei quarta ex eo rescripto debebitur. Sed non erit bona consecutio si quis ex eo inferat, nullam igitur quartam ei debitum iri. Nam cùm per adoptionem quamlibet fiat suus heres, necesse est vt adoptiuo patri succedat tanquam suus heres, siue pater ille testatus, siue intestatus decesserit, & siue adrogatio, siue specialis adoptio facta sit, nisi ponas eum à patre exheredatum quo casu si iusta fuerit eius exheredandi causa certum est nullam ei legitimam deberi, quia nec si naturalis & legitimus filius esset, vlla tamē legitima ingrato ei deberetur. Sed si iniusta fuit exheredatio cōstat habere illum querelam inofficiosi testamenti, quam porrò aliud excludere non possit quàm si habeat quartam *l. quidam cum filium* 132. *versic. ergo exheredatus De verb. obligat.* Ergo etiam citra rescriptum Diui Pij quartam habere debet filius adoptiuus qui iustam exheredationis causam nullam admiserit. Cur ergo, inquies, necessarium fuit rescriptum Diui Pij vt impuberi adrogato prospiceretur? An fortè verendum erat ne alioqui deterior esset condicio impuberis quàm puberis adrogati? Minimè. Sed quia impuberis adrogati, qui causam ingratitudinis vix vllam admittere poterat, valde intererat vt certus esset de quarta illa omnimodo habenda neq; necessitati querelæ aliquādo proponendæ subiiceretur propter dubium euentum iudiciorum, sumptus & incommoda tractandæ litis. Item quia prudentissimus Imperator putauit prouidendū esse pupillo aliquo casu etiam quo is viuo adrogatore puta si emancipatus moreretur, Quo tamen casu certum esset, nullam ei legitimam alioquin deberi posse, non enim fieri magis potest vt ex bonis viuentis debeatur cuiquam portio legitima quæ nihil aliud est nisi portio portionis ab intestato contingentis vt iam diximus, *l. cùm quæritur* 6. *l. quæ nuper* 31. *C. de inoffi. testam.* quàm vt viuentis vlla hereditas & successio sit quæ esse nequit *l.* 1. *D. de hered. vel act. vendit. l.* 1. *D. pro hered.* Cur verò voluit Diuus Pius pupillo prouidere in eum quoque casum quo emancipatus pupillus ante adrogatorem moreretur? An non ea ratione videtur legitimis pupilli successoribus magis quàm pupillo ipsi prouidisse? Respondeo ad pupilli quoque vtilitatem id pertinere, vt callidi & maligni adrogatores non tā facilè consilium caperent irruendi in pupilli facultates, Itémque vt constantiores fierent ad pupilli personam in familia retinendam, cùm præuiderent fore vt emancipato adrogato impubere non tantùm bona ipsius omnia sed proprij quoque patrimonij quartam partem legitimo cuicunque impuberis successori, nedum impuberi ipsi restitui oporteret: quo periculo & incommodo non liberabantur perueniente impubere ad pubertatem. Nam puberem factum adrogator sine causa emācipasset, perinde se obstringebat, vt quandocunque moriens quartam ei relinquere cogeretur *d. §. cùm autem impubes versic. sed etsi.* Quemadmodum & si eum immerentem exheredasset, nec querelæ inofficiosi testamentum suum subiacere voluisset *d. l. quidam.* In quo deterioris condicionis erat impubes adrogatus & exheredatus, siue pubes decederet, siue impubes quàm filius naturalis ex iustis nuptiis susceptus aut à patre naturali in adoptionem datus, adeóque quàm adrogatus pubes. Nam impuberi adrogato quantumuis immerenter exheredato non potest competere querela, etiamsi nihil ei relictum sit, cùm semper & omni casu habeat quartam ex constitutione Diui Pij, tanquam æs alienum & ex principali prouidentia vt in *d. l. si adrogator* 22. §. 1. loquitur Vlpianus & in *d. l.*

L. quidam cum filium 132. *De ver. obligat.*

d.l.Papinianus 8.§. *si quis impubes*. Cæteris verò liberis nulla quartæ petitio competit,nisi per generalem, & ita demum si velint queri de inofficioso patris testamento,Querela verò proposita necesse est rescindi testamentū,atque ita filium siue adoptiuum,siue naturalem & legitimum tāquam suum heredē succedere ab intestato in tota hereditate si alius suus heres nullus sit, quod in persona impuberis adrogati & exheredati contingere non potest,cùm rescindere testamentum nequeat is,qui querelā proponere non potest *d.§.si quis impubes*, vbi scribit Vlpianus, quod magis est,Etiamsi impubes adrogatus sit ex iis personis, quæ & citra adoptionem & emancipationē queri de inofficioso possunt,esse tamē illū remouendū à querela,*cùm*,inquit,*habeat quartam ex cōstitutione* Diui *Pij*.Subiungit autem,*Quod si egit,nec obtinuit*(neque enim obtinere potest in querela qui habet quartā)*an quartam perdat?* Ita namque ius cō paratū est,vt qui cōquestus est de inofficioso,si succubuerit amittere debeat ea omnia quæ habuit ex iudicio defuncti quod impugnauit *l.filius* 22.*eo.tit.* Et respōdet aut non esse admittendū hūc ad querelam inofficiosi,aut si admittatur, quāuis non obtinuerit quartā ei quasi ęs alienū concedendam. Cur verò de impubere adrogato loquitur Vlpianus, nisi quia in eo qui iā pubes adrogatus esset,aliud probari oporteret,distinguique an esset ille iustè an iniustè exheredatus,aut an à patre quartā haberet necne, quippe quā hoc casu non habeat omnimodo ex principali prouidentia.Sed & notanda sunt apud Vlpianum verba illa *citra adoptionē & emācipationē*.Possit enim quis mirari cur de emācipatione agi oportuerit cùm de querela tractaretur,Quasi verò sicut adoptio,ita & emācipatio querelæ proponēdæ ius possit inducere.Sed respōdendū est,quod iam suprà diximus,ad id respicere Vlpianū quod impuberi adrogato debetur quarta ex rescripto Diui Pij non illo tātùm casu quo fuerit ipse ab adrogatore exheredatus,sed illo etiam quo eum sine causa pater emācipauerit *d.vers.sed etsi*, quia pro exheredatione habetur emancipatio quę facit vti ne amplius necesse sit eum exheredari,cùm ex eo tempore fiat extraneus quem postea exheredari ineptum esset *d.l.quidam*. Qua etiam ratione puto non aliam impuberis emancipandi causam iustam esse potuisse,quàm quæ iusta causa fuisset exheredandi.Hac tamen differentia,quòd exheredato filio, qui fuerat impubes adrogatus,debetur omnimodo quarta ex bonis prædefuncti adrogatoris,siue adrogatus decedat impubes,siue pubes,nec inquirimus an iusta fuerit causa exheredandi de quo scilicet inquiri,nec solet,nec potest,nisi proposita querela. Emancipato autem nulla debetur quarta, nisi cùm sine causa emancipatus fuit. Atque ita accipiendum esse quod diximus ex Iustin.in *d vers.sed etsi*. Si decedens pater filium adrogatum exheredauerit,vel etiam viuus eum sine causa emācipauerit,quartam partem bonorum suorum ei relinquere iuberi. Ex quibus verbis apparet etiam quod paulò antè Iustinianus scribit non aliter adrogatori licere filium adrogatum emancipare quàm si causa cognita dignus fuerit visus adrogatus qui emanciparetur,& de adrogatoris familia eiiceretur,Ita debere accipi,vt non possit impunè emancipari,quandoquidem emancipationis pœnam illam pater subit, vt non eo minùs quartam huic filio relinquere pater cogatur,perinde acsi in familia eum retinuisset.Alioqui quomodo posset filius reperiri emancipatus sine causa,si absolutè verum esset non nisi causa cognita & probata emancipari eum posse? Nec repugnat quod diximus vix esse, vt iustam exheredationis, aut emancipationis causam præbeat im-

§. *si quis impubes l. Papinianus* D. *de inof. test.*

pubes. Hoc enim ius non ad impuberes duntaxat pertinet, sed ad puberes quoque, siue emãcipatos, siue exheredatos, dummodo impuberes fuerint adrogati, Vt intelligamus adrogati puberis emancipationem liberam & impunitam esse, quamuis non etiam exheredationem quę sine causa facta esse proponatur. Potest nãque imputari puberi cur nõ sibi melius prospexerit per stipulationem in eum casum quo sine causa emanciparetur, vt scilicet eo casu, vel quartam bonorum partem, vel certum quid aliud pater promitteret *d.l.quidã vers.quare sic debuit*, Vbi quamuis Paulus exheredationem cum emãcipatione coniungat, fatetur tamen in pręcedentibus meliorem esse hac parte cõdicionẽ exheredati quàm emancipati, cùm ait exheredatum si non meruit exheredari posse agere de inofficioso, emancipatum verò quamuis sine causa hoc quoque auxilio carere, Inferens ex eo sic interponi stipulationem debuisse, vt si pater filiũ adoptiuũ emancipasset aut exheredasset, certũ quid pœnæ nomine præstaret. Quid verò prodesse poterat exheredationis quoq; mẽtionẽ in ea stipulatione factã esse: An vt exheredatio impediretur filij etiam qui iustã ingratitudinis causam cõmisisset? Minimè, Esset enim maligna illa, siue stipulatio, siue stipulationis interpretatio & cõtra bonos mores quæ inuitaret filium ad delinquẽdum, in eóque fauorabilior est causa impuberis adrogati, tùm quoque cùm pubes decedit quàm puberis adrogati, aut etiam impuberis in adoptionem dati, vt exheredatio, quamuis alioqui iusta non debeat ei nocere quominùs quartã habeat ex principali prouidentia, quia nec iniusta ei prodesset ad proponendã querelã, & euertẽdũ patris testamẽtũ) sed quia filio adoptiuo immerenter exheredato lõgè tutius esset agere ex stipulatione, quàm querela inofficiosi, non solùm propter dubiũ euentũ querelæ, cui solet valde obstare fauor testamẽti, sed etiã quia eo Pandectarũ iure filius agẽs querela nõ aliter poterat obtinere quàm si probaret se immerẽtẽ exheredatũ *l.liberi* 28.*C. de inoff. test.* quousq; à Iustiniano id correctum est in *l.omnimodo* 30.*eo.* & *Nouel.*115.*vt cùm de appell. cogn.§.aliud quoque capitulũ.* Cùm tamẽ si ex stipulatione filius ageret quæ nõ aliam pręter hãc cõdicionẽ habuisset *si filiũ exheredasset pater, aut emãcipasset*, non aliud probandum habuisset filius, nisi quod vel exheredatus, vel emancipatus esset, Patríque aut ipsius heredi onus incumberet replicandi probandíque iustis ac meritis de causis factam esse exheredationem, vel emancipationem. Nemo autem nescit quãtum intersit cuiuslibet, sed pręsertim actoris, vti probationibus quæ vt plurimùm difficillimæ sunt, non oneretur *§.commodum Instit.de interd.* Etsi verò Paulus tota ea lege loquitur de illo, qui nõ adrogatus, sed à patre suo naturali in adoptionem datus fuerit, nihil tamẽ putamus interesse an de adrogato loquamur, dummodo iã pubere tempore adrogationis, an verò de filiofamilias, siue impubere, siue pubere dato in adoptionem à patre. Quod enim patri naturali filiũ suũ in adoptionem danti potest imputari, cur filio suo nõ meliùs prospexerit, idem sibi imputare pubes debet, si cùm se adrogãdum vltrò dedit meliùs sibi non cauerit: Solus impubes adrogatus ille est, cui nihil potest imputari, & cuius proinde causam hac parte fauorabiliorẽ esse necesse est, vt quandocũque exheredatus, vel sine causa emãcipatus etiam post pubertatem habeat auxiliũ non querelę inofficiosi testamẽti, quod nec si immerẽter exheredatus esset habere posset, sed cõstitutionis Diui Pij quæ quartã bonorum adrogatoris partem tribuit impuberi adrogato quandocunque posteà, siue ante, siue post pubertatem, vel exheredato, vel sine causa emancipato. Quãquam autẽ ea quoque inter emancipationem differentia est, quod emancipatio

d.l. quidam 132. de verb. oblig.

cipatio ab adrogatore facta statim vires habet, exheredatio verò non nisi post mortem exheredantis adeóque agnita ipsius hereditate *l.scripto* 7.D. *vnd.liber. l.filium* 20. *D.de bonor.poss.contr.tab.* non ideò tamen putandum est petitionem quartæ bonorum adrogatoris statim ex die emancipationis sine causa factæ competere filio adrogato eidémque emancipato, sed ex die dũtaxat mortis, & consequenter inspecta quoque illa bonorum quantitate quam moriens adrogator reliquerit *d.l.vlt.D.si quid in fraud.patron.* Vbi addit Paulus non tantùm eã quartam partem bonorum adrogatoris ad adrogatum pertinere, sed etiã bona ei omnia quæ patri acquisierat restitui oportere, ac multò magis illa quę simul cum suo capite in familiam adrogatoris transtulerat: Nam & hæc acquisiuerat patri per adrogationẽm. Immò & eo casu quo ex iusta causa emancipatur adrogatus licèt quartam perdat, vt scriptum est in *d.l.vlt.* non tamen perdit bona sua quæ alioqui simul cum quarta ipsa ei restitui oportuisset *d.§.cùm autem impubes*, in illis verbis *& tunc bona sua ei reddat*, Planè quoniã à tempore emancipationis sine causa malóque animo factæ in tempus vsque mortis multa ex adrogatoris bonis alienari per eum possent in fraudem constitutionis, rectissimè prouisum est impuberi quondam adrogato, vt si tale quid admissum probetur, id est in quartæ fraudem alienatum, totum id per quasi Caluisianam vel Fauianam reuocetur, vt Paulus tractat in *d.l.vlt.* Hæc verò omnia cùm ita sint difficile videtur intelligere quam sententiam aut rationem habeat quod apud Vlpianum tractatum scriptúmque legimus in *d.l.1.§.si impubere D.de collat bonor.* Si impubere, inquit, adrogato secundum rescriptum D.Pij quarta debeatur, Videndum est an si patris naturalis bonorum possessionem petat, conferre quartam debeat. Tractat siquidem, vt apparet, de filio qui à patre suo naturali & legitimo emãcipatus fuerit atque ita sui iuris factus deinde adrogatus. Non enim dici posset adrogatus qui adoptionis tempore sui iuris non fuisset *l.adrogationes 6.C.hoc.tit.* nec rursus sui iuris esse potuit filius patrem habens & legitimum & naturalem, quin à patria potestate liberatus fuerit per emancipationem. Supponit ergo Vlpianus filium hunc à patre naturali emancipatum & ab extraneo adrogatum, nihilominùs posse succedere patri naturali saltem iure prætorio ac petere bonorum ipsius possessionem ab intestato. Nã de successione intestati cũ locũ intelligi debere ex eo constat quod iure vetere nõ fiebat collatio quoties ex testamẽto succedebatur, nisi testator eã fieri nominatim præcepisset, quod à Iustiniano posteà correctũ fuit *l.1.iunct. Auth.ex testamento C.de collat.* Atqui hoc primùm falsum est, potuisse Vlpiani temporibus filium emancipatũ eundémque adrogatũ succedere patri naturali ab intestato, siue ciuili, siue prætorio iure, quia nec patrem naturalem habere vllũ credebatur, sed solum adoptiuum, in cuius familiã per adrogationẽ translatus fuisset, vt non obscurè, nec semel Iustinianus ait in *l.penult.C.hoc titu.* vbi ob hãc causam scribit in huiusmodi filiis adoptiuis mirũ illud fuisse, quod matrem naturalem haberent, patrem verò naturalem nullum habere intelligerẽtur. Is enim sensus est *vers. quis enim materna iura.* Sed & ob eam causam putabat Papinianus, vt ibidem Iustinianus refert, filiũ hunc adoptatũ si à patre suo naturali fuisset exheredatus, non esse admittendum ad querelam inofficiosi testamenti, Paulus verò admittendum quidẽ, sed sine effectu, hoc est eo modo quo extraneus quilibet tanquã ad publicam accusationem sine vlla tamen spe obtinendi vt in *l.1.l.6.§.1.D.de inof.testam.* Nimirum quia cùm querela idcirco

L.vlt. D.si quid in fraud. patron.

L.1.§.si impubere D.de collat.bon.

L.adrogationes 6.C.hoc tit.

L.pen.C.hoc tit.

proponatur,vt rescisso testamento succedi possit ab intestato,nec aliud sit legitima portio quæ inducere querelam solet,nisi portio hereditatis ab intestato contingentis *d.l.quæ nuper* 31.C.*eod.*consequens est,vt non alius querelam proponere cum effectu possit quàm qui habeat ius ab intestato quoque succedendi. Et ideò non arcebantur emancipati liberi iidémque exheredati à querela inofficiosi testamenti *l.non putauit* 8.*in princip.*D.*de bonor.poss.contr.tabul.*si modò petiissent primùm à prætore bonorum possessionem illam quę *litis ordinandæ gratia* dicebatur,de qua in *l.6.§.vltim.l.7.& l.8. in princip.*D.*de inoff.test.* per quam fierent capaces implorandi auxilij quod totum ciuilis non prętorij iuris erat,Nempe quoniam emancipati iure prętorio perinde habentur liberi acsi nunquam emancipati fuissent,vt æquè possint succedere ab intestato ex capite,Vnde liberi.At si non emancipati, sed in adoptionem dati essent,quia eo modo non tātùm patrem priorem,id est naturalem & legitimū amittebant iure ciuili,vt patresfamilias fierent (fiebat enim adoptio per emancipationem *l.vlt.C.eo.*)sed etiam nouum & alium patrem nāciscebantur, non magis poterat prætor habere illos pro liberis patris pristini & naturalis quàm facere vt possent illi habere duos patres quod per rerum naturam impossibile est, Siquidem adoptiuum quoque patrem prætor ius ciuile subsecutus pro vero patre habebat non minùs quàm si & legitimus & naturalis fuisset etiam in ea parte edicti quę est De bonorum possessionibus,siue ex testamento,siue ab intestato *l.1.in prin.l.3.§.1.& seqq.*D.*de bonor.poss. contr.tabul. l.1.§.liberos* D.*vnd.liber.l.1.§.suos heredes De suis & legit.*Facit *l.si emancipatus* 6.*§.vlt.D.de bon.poss.contr.tabul.*Mansitque hoc ius & ciuile & prætorium vsq; ad Iustiniani constitutionē in *d.l.pen.C.hoc tit.*qua primùm fuit inductū vt naturalis patris iura per adoptionē minimè dissoluantur,nisi cùm datus fuit nepos in adoptionem auo naturali,siue paterno,siue materno:Quo vno casu cōstituit ibidem Iustin.non per speciem noui iuris,sed coarctato ad hunc casum eo iure quod in adoptionibus omnibus generaliter olim obtinebat vt solum patrem adoptiuum habere hic nepos intelligatur,& ad adoptionem tantūmodo spem suam totam extendere debeat, non etiam patris naturalis successionem, vt lex loquitur,molestare.Hanc enim iuris veteris rationem fuisse quam nos dicimus ostendit apertè Iustin.cùm ius nouum ita concipit,vt filio quem pater in adoptionem dederit *maneant integra iura,siue*,inquit,*ad inofficiosi querelam, siue ad alias omnes successiones,siue ab intestato, siue ex testamento quæ liberis deferuntur.* Vnus tantùm casus fuit, quo filius in adoptionem datus adhuc à prætore haberetur pro filio patris naturalis,scilicet si is à patre naturali scriptus fuisset ex aliqua vel minima hereditatis parte. Cur enim prætor haberet pro omnino extraneo illum quem pater tanquam filium tractauit instituendo eum sub filij nomine? Atque ita ex Labeone scribit Vlp.in *dicta lege non putauit* 8.*§.in adoptionem*,iunct.*§.vlt.& l.seq.l.si post mortem* 10.§.1.& 2. *l.cùm emancipatus* 13.§.1.& 2. *De bon.pos.cont.ta.l.1.§.si filius* 12.D.*de vent.in poss.mit.*Ex quo apparet tantò clariùs verū esse quod nos defēdimus filiū quē pater naturalis in adoptionē dederat nullomodo patri naturali ab intestato succedere,siue ciuili,siue prętorio iure potuisse.Amplius dico,Nec adoptiuū filium à patre naturali institutū heredē,potuisse à prætore haberi pro filio naturali,si nō à patre illo naturali in adoptionē datus fuisset,sed emācipat' qui se posteà

Bonorū possessio litis ordinādæ gratia quibus & ad quid necessaria.

d.l.pen. C. hoc tit.

L.non putauit 8.§ in adoptionem iunct.§.vlt. & l.seq. l.si post mortem 10.§.1& 2.l. cùm emācipatus 13.§.1. & 2.de bon. pos.contr.ta. l.1.§. si filius de ventr. in poss.mitt.

vltrò dedisset adrogandū. Hîc enim duo cōcurrunt quæ illū penitus extraneū faciant, emancipatio nimirum & adrogatio. Ac quamuis emancipatio facere non potuerit, vt patris naturalis iura omnino, id est etiam iure prætorio soluerentur, præsertim cùm ita ius esset, vt inuitus quoque filius emancipari posset, Nec proinde adoptio quæ non nisi per tres emancipationes & duas manumissiones fieri poterat *l. vlt. C. hoc tit.* Non tamen nouum est, vt magis extraneus patri naturali dicēdus sit filius qui & ab eo emācipatus est, & subinde à seipso in adrogationē datus, quàm qui vnico actu emācipationis & adoptionis, simul traditus fuit patri adoptiuo à patre naturali: Nā & inde est quod Iustin. in *d. l. pen. §. vlt.* nominatim cauet nolle se, vt quæ illa cōstitutio cōtra iuris veteris rationem inducit in liberis adoptiuis, trahantur ad adrogatos, sed velle vt in adrogatis illęsum seruetur ius antiquum, Non alia dissimilitudinis ratione, quàm quod in adrogatis nullum discrimen sit inter patres, Nempe quòd nec patrum vlla diuersitas est, sed vnus tantùm pater vnáque familia, ad cuius solius successionem aspirare filius adoptiuus possit. An enim ignorauit fortasse Iustinianus fieri posse, vt is quoque adrogetur qui patrem habeat naturalem, à quo scilicet fuerit emancipatus? Aut quid aliud requirimus in eo, qui adrogatur (si iustam quæ interuenire debet permittendæ adrogationis causam excipias) nisi vt sit ille sui iuris, & in alienam potestatem redigi velit? Ad id igitur respexit Iustinianus quod qui adrogatur etiamsi ante adrogationem, iam licèt emancipatus patrem habuerit naturalem, ex die tamen adrogationis nullum amplius habere creditur, cùm alium quàm naturalem sibi vltrò elegerit. Quæ res indignum eum facit cui prætor filij ius & nomen conseruare debeat, quippe qui non tantùm ex iuris ciuilis autoritate factus sit extraneus per emancipationē, sed proprio etiam suo facto propter electum à se alium patrem, quem nō pater naturalis ei dederit, vt in speciali adoptione contingit, sed quem solus ipse sponte quęsiuerit. Dixi *solus ipse*, quia in adoptione speciali etiā filij cōsensum siue expressum, siue tacitū interuenire quidē oportet, vt idē Iust. ait in *d. l. pen. vers. cùm enim tanta.* Sed nō ideò tamen negari potest in adoptionē dari filiū à patre naturali non à seipso, quia pater ille est qui dat filiū consentientem, non filius qui se dat consentiente patre. An igitur nullus omnino casus dari poterit in quo possit locum habere quod Vlpianus supponit in *d. §. si impubere*, ab impubere adrogato petitam esse naturalis patris bonorum possessionem ab intestato? Immo vnus esse potest si adrogatus ille ab adrogatore suo emancipatus esse proponatur viuo adhuc patre naturali. Hoc ipso enim quod desinit nō solùm habere patrem adoptiuum, sed etiam in adoptiua esse familia, cessat ratio quæ faciebat, vt durante adoptione patrem naturalem non habere intelligeretur, ne quidē quod ad prętorem *l. vtrum autem 9. De bonor. poss. contr. tabul.* vbi Caius scribit nihil interesse vtrum pater adoptiuus viuat an defunctus sit, quia hoc solùm quęri oportet an filius in adoptiua familia sit: Mors autem adrogatoris licèt adrogatum faciat sui iuris non minùs quàm emancipatio, non tamen adimit ei familiam adoptiuam quam adimeret emancipatio, quoniam adrogatio quę per emancipationem dissolueretur per adrogatoris mortē non æquè dissoluitur, In quo elegans obseruanda est differentia inter filij adrogati emancipationem, & mortem adrogatoris. Et de hoc casu sensisse Vlpianum ex eo quoque colligi posse videtur, quod in sequentibus tractat de herede adrogati, qui tamen heredem habere non potest quandiu & adrogatio durat,

L. vl. C. hoc tit.

d. l. pen. §. vlt. eod.

d. §. si impubere l. 1. D. de collat. bonor.

L. vtrū autem 9. D. de bonor. poss. contr. tabul.

& adrogator viuit. Poſſet quidem habere durante quoque adrogationis iure ſi adrogator deceſſiſſet, quia per mortem adrogatoris æquè ac per emancipationem factus eſſet ſui iuris, Sed non poteſt ad eum caſum coarctari ſenſus Vlpiani cùm ab eo propoſita quæſtio illo etiam caſu locum habeat quo adrogator viuat, vt ſequentia oſtendunt. Omnino igitur ponendum eſt adrogatum hunc impuberem de quo agimus emancipatum fuiſſe ab adrogatore, Et quidem ſine cauſa cùm alioqui nihil eſſet quod de quarta tractari poſſet, quã adrogatus ex iuſta cauſa emancipatus perdidiſſet *d.l.vlt.D.ſi quid in fraud.patr.* Ita verò propoſita quæſtione, Si filius à patre naturali primùm emãcipatus poſteà adrogatus, ſubindéque rurſum ab adrogatore emancipatus patris naturalis bonorum poſſeſſionem petat, an cõferre quartam debeat. Subiungit quęſtionem hanc in eo eſſe, Vtrum heredi ſuo relinquat quartæ actionem an non. Quod ipſum videtur etiam obſcurum. Quid enim commune habet propoſita quæſtio, An conferre quartam debeat cum illa, an heredi ſuo quartę actionẽ relinquat? Sed tamen ſi bene intueamur pendet hęc ex illa. Certũ nãque eſt eũ qui conferre tenetur, nõ alia conferre, vel inuitũ cogi, vel volentẽ poſſe quàm quæ in bonis habeat, cùm ob eam cauſam collatio bonorũ appelletur. Nõ aliunde autem melius ſciri poſſit, an hæc quartę adrogatio ſit in bonis adrogati necne, quàm ſi ſciamus an in eius heredẽ trãſmitti poſſit petitio quartę, an nõ. Quod enim ad heredem tranſmittitur id quin noſtris in bonis ſit, negari non poteſt. Ergo ſi ad heredẽ adrogati petitio quartę tranſmittatur, reſpondẽdum erit ad propoſitam quæſtionem adrogatum conferre quartam debere: Vtpote quam in bonis ſuis habeat, Si autem non tranſmittatur, non debere adrogatum conferre id quod in bonis non habeat. Reſpondet verò Vlp. ad vltimam quęſtionem, magis eſſe vt adrogatus quartæ petitionem ad heredem transferat, quia, inquit, perſonalis actio eſt. Cuius rationis perelegantis ſenſus ille eſt quẽ tradidit Iacob. Cuiac. ad Paulum *lib.1.Sentent.tit.12.§.vltim.* Vt differentiam indicare Vlpianus voluerit, quæ eſt inter quartam iſtam quæ ex bonis adrogatoris debetur adrogato per conſtitutionem Diui Pij, & partem hereditatis quę alicui delata eſſet, & cuius nomine poſſet competere petitio hereditatis. Nam ſi cui delata ſit hereditas, ſiue ex aſſe, ſiue ex parte, & is decedat priuſquàm eam agnouerit, nihil tranſmittit ad heredem, id eſt ne quidẽ petitionem hereditatis quã potuerat inſtituere adeũdo hereditatẽ ſi voluiſſet: Quia nec hereditatem ipſam non aditã tranſmittere poteſt, vt Paulus ſupradicto loco ſcribit, cùm nihil iuris habeat in ea vel in eam, niſi quantum adeundo nanciſcitur. At quarta bonorum adrogatoris nõ ſolùm defertur adrogato, ſed etiam debetur ex reſcripto Diui Pij tanquam creditori & tanquam æs alienum, ob ídque perſonalis in eam rem actio comparata eſt, ſcilicet condictio ex lege, id eſt ex reſcripto illo Imper. quod legis vim obtinet. Porrò iuris certiſſimi eſt actiones omnes perſonales per legem duodecim tabularum & ipſo iure transferri ad heredem *l.vlt.C.de heredit.act.* Non etiã cæteras quæ non ſunt perſonales, quia iſtius tranſmiſſionis nõ alia ratio eſt, quàm quia lex vt faciat heredem inducit fictionem hereditatis quę defuncti perſonam repręſentet *l. hereditas 34. D.de acquir.rer.dom.* cum ſimilib. quod non fieret plenè ſi perſonales actiones quę & defuncto, & in defunctũ competierunt ad heredem non transferrẽtur. Dices non minùs vindicationes quæ actiones in rem ſunt, quàm perſonales tranſire in heredem, nec proinde ſeparandas hac in re perſonales à realibus.

d.l. vlt. D. ſi quid in fraud. patron.

Cur petitio quartæ quæ debetur adrogato trãſmittatur ad eius heredẽ non etiã petitio hereditatis tametſi iam delatæ nondum tamẽ aditæ.

Reſpon-

Respondeo transire in heredem nõ actionem in rem quæ competebat defun cto,sed dominium,siquidem hereditas nihil aliud est quàm dominiũ, nec heredis appellatio quicquàm aliud significat quàm dominum. §. *vlt. Instit.de hered.qualit.& differ.* Dominium autem in heredem translatum facere, vt non minùs ei competat vindicatio quàm defuncto,cùm sit proxima causa vindicationis,nec tam domino quàm dominio inhæreat ius vindicationis.Qua ratione fatendum esset hypothecariam quæ licèt ipsa quoque vindicatio sit,non tamen ex dominij iure proficiscitur,sed ex pignoris conuentione,nec ad causam dominij vllomodo pertinet non posse transire in heredem nisi accessoria esset ad principalẽ obligationem quę ipso iure transit,& sine qua cõstitui hypotheca non potuisset. Planè transit possessio & pignoris,& hypothecæ si ea penes defunctũ fuit:Non quidẽ ipso iure,cùm hereditas quę tota est iuris nihil nisi ea quæ iuris quoque sunt transferre in heredem possit,sed ita demũ si eã heres occupauerit *l.cùm heredes 23.D.de acq.poss.* quia hoc quoque iuris est,vt nõ minùs habeat heres ius possidendi eam rem,quã defunctus iure possedit, cùm & ex iure plurimùm possessio mutuetur,inquit Papin.in *l possessio 49.eod.tit.* Nec superioribus contrariũ est quòd hereditatis petitio inter personales actiones adeóq;quod magis est inter eas quę bonę fidei sunt adnumeratur in *§.actionum Inst.de act.l.vl.in fi.C.de her.peti.* Vnde etiã est quòd nec longi temporis pręscriptione summouetur *l.hereditatis 7.eod.* Est enim proculdubio scripta in rẽ,licèt mixtam habeat personalem actionem vt scriptũ est in *d.l.hereditatis.* Neq; verò personalis illa actio prius nascitur,aut vlla est, quàm adita sit hereditas. Datur enim heredi:Heres autẽ nemo fit per solam delationem,sed per solam acquisitionem. Sed etsi heres adierit hereditatem,adhuc tamen tentari potest, defuncto illo ante institutam petitionem hereditatis litémq;de ea contestatã, non fieri transmissionem actionis huius in heredem heredis. Id enim est quod apertè Paulus supradicto loco scribit, duriórque videtur Cuiacij interpretatio quàm vt admitti possit,cùm Pauli sententiã ad eũ casum coarctat quo heres institutus nõ solũ ante contestatam de petitione hereditatis litẽ, sed etiã ante aditam hereditatẽ decesserit.Quid enim attineret tractare de tẽpore litis cõtestatæ super hereditatis petitione si needũ adita hereditas esset? An non præsupponit aditam esse hereditatem quisquis dicit litem de hereditatis petitione contestatam vel fuisse,vel non fuisse?Pręsertim verò cùm ibidem fateatur Cuiacius hereditatis petitionẽ esse in rẽ.Et sanè ita est,quia nec datur cõtra alium quàm contra eum qui vel ius pro herede,aut pro possessore possidet, vel rẽ aliquam hereditariam *l.regulariter 9.& seqq. D.de hered. petit.* Quod verò dicitur in personam,ideò fit,quoniam persona, quæ huiusmodi actione conuenitur,non ad hoc conuenitur,vt hanc, vel illam rem restituat,vt contingeret in actione speciali in rem,sed vt restituat hereditatem, id est quicquid deberi ab eo potest occasione hereditatis,quę cùm sit nomẽ iuris,& fructuum & vsurarum recipit accessionem.Cęterùm nõ potest dici obligationẽ vllam esse personalem ex qua nascatur petitio hereditatis,nec proinde quæ possit facere, vt petitio hereditatis inter eas actiones personales annumerari debeat quæ per legẽ duodecim tabularum in heredem trãsmittũtur.Quod in ea quarta,de qua nunc agimus,id est quæ adrogato debetur ex bonis adrogatoris diuersum est. Habet enim adrogatus personalem actionem pro illa quarta consequenda ex Diui Pij cõstitutione,quę & ipsa in necessariũ antecedẽs inducit obligationẽ,

L. cùm heredes 23. D. de acquir. poss.

Paulus lib. 1. Sentent. ti. 12. §. vlt.

hoc ipso quod iubet vt adrogator eam quartam adrogato relinquere compellatur, Nec aliud apertius & accommodatius exemplum quærendum est ad *l. vnic.* D. *de condict. ex leg.* quæ nouam obligationem induci vult, vt possit cõpetere noua actio ex lege. Rectè igitur, & eleganter Vlp. in *d. §. si impubere*, ita scribit *& magis est vt ad heredem transferat, quia personalis actio est.* Cui consequenter subiicit, *Igitur etiam de quarta conferenda cauere eum oportebit.* Nimirũ non illo ipso casu de quo proximè dictũ fuit, hoc est, quo quarta ipsa, aut quartæ actio iam conferenda sit, sed illo, quo neque quarta, neque quartæ actio cõferri adhuc possit, vt ob eam causam necessariò confugiendum sit ad remediũ cautionis: Cui constat ita demum esse locum si collatio ipsa fieri nondum possit, quod euenit quoties bona nulla sunt quæ conferri queant, spes tamẽ adest fore vt aliquando sint bona quæ conferri oporteat, Vt puta si quid sub condicione debeatur ei qui conferre tenetur *l. 1. §. si sub condicione D. de dot. collat.* Nõ enim spes bonorum venit in collationem, sed bona ipsa, Spes bonorum inducit spem collationis, Spes verò futuræ collationis necessitatem cautionis. Potest autem interdum euenire, vt adrogatus præsentem iam habeat quartam, vel quartæ actionem: Interdum verò vt spem duntaxat eius aliquando habendæ. Quartam habet, si ponas defunctũ iam adrogatorem ex cuius bonis ea quarta non solùm debita fuerit adrogato, sed etiam soluta. Quartæ verò actionem, si ponas fuisse illum sine causa emancipatum, vel quoquomodo exheredatum ab adrogatore qui iam decesserit, sed qui tamẽ nihil aut minus quarta ei reliquerit, Vt ideo necesse illi sit agere ex constitutione Diui Pij ad quartam consequendam. Cui casui & ille similis erit, si adrogator alio herede instituto reliquerit quidem quartam adrogato, sed eam tamen nondum heres ei soluerit. His enim casibus cùm teneatur filius adrogatus conferre id quod habet, non etiam id quod non habet, non potest ad aliud esse obligatus, nisi vt conferat quartæ actionem quam habet, non etiam quartam ipsam quam non habet. Nã & actionum collatio fit sicut & cæterorũ bonorum *l. 2. §. emancipatus De collat. bonor.* cùm & actiones non minùs quàm bona mobilia & immobilia bonorum appellatione contineantur *l. bonorum 40. in fin. D. de verb. signific.* At nec quartam habet adrogatus, nec quartę actionem si ponas adrogatorẽ adhuc viuere ex cuius bonis quæ mortis tempore erunt, quarta illa debeatur, etiam si fuerit ab eo sine causa emancipatus, quoniam non ad aliud tenetur adrogator ex constitutione D. Pij, nisi vt quartam bonorum suorum partem adrogato moriẽs relinquat. Viuo igitur adrogatore, nec haberi potest, nec deberi. Quid ergo? Spes tantum est, sed tamen certa debitum eam iri mortuo quandocũque adrogatore, Perinde ac si se adrogator stipulatione obstrinxisset de quarta illa, vel alia re qualibet post mortem suam restituenda. Quo casu nemo dubitaret, quin spes debiti etiam condicionalis & cuius condicio nondum extitisset, ad heredem transmitteretur *§. ex condicionali Inst. de verb. obligat.* Quãtò magis defuncto adrogato post impletam iam debiti condicionem? Hic enim casus est de quo Vlpianum tractare diximus cùm ait adrogatum transmittere ad heredem suum quartæ petitionem. Alioqui si moreretur ille in familia sui adrogatoris, nullum haberet heredem, nec proinde quicquam ad eum transmittere posset, Immo nec ad eos quos si adrogatus nõ fuisset habiturus erat legitimos successores, quamuis defuncto eo impubere bona omnia quæ adrogatio in patris adoptiui familiam transtulit, iis restitui debeant, quia debitum quartæ nõ est si-

L. vnic. D. de cõdict. ex leg.

dict. § si impubere l. 1. D. de collat. bonor.

L. 1. § si sub cõdicione D. de collat. do.

L. 2. § emancipatus D. de collat. bonor.

Differentia inter bonorũ

eſt ſimile reſtitutioni bonorum, Siquidem hoc caſu reſtitutio bonorum nullam aliam habet condicionem præter hanc, Si adrogatus in pupillari ætate decedat, quam condicionem ſi quando impleatur neceſſe eſt impleri viuo pupillo quando nemo poſt mortem ſuam moritur, ſed in vita ſua. At debitum quartæ partis bonorum condicionem alternatiuè duplicem habet, vtramque ab iſta condicione reſtitutionis longè differentem, Scilicet ſi impubes adrogatus vel exheredabitur, vel ſine cauſa emancipabitur. *d. §. cùm autem impubes in fin. hoc tit.* Ergo ſi moriatur impubes in familia adrogatoris, deficit condicio, vtpote quæ poſtea impleri nunquam poſſit, cùm non poſſit impubes poſt mortem ſuam emancipari vel exheredari. Nec aliud erit tametſi ante mortem ſuam exheredatus proponatur, dummodo deceſſerit viuo adrogatore, cùm tantiſper nullum effectum habuerit exheredatio, viuo ſcilicet eo qui exheredauit, cuius præterea hereditatem aditam eſſe neceſſe eſt vt exheredatio confirmetur *l. ſi ita ſcriptum* 13. *§. vl. l. Gallus* 29. *§. in omnibus* De *liber. & poſthu. l. ſi quis filio* 6. *in princip.* De *iniuſt. rupt. l. ſcripto* 7. *vnd. liber. d. l. filium* 20. De *bonor. poſſ. contr. tabul.* Hoc igitur caſu quo impubes ſpem tantùm habet, ſed certam habendæ aliquando quartæ ex bonis ſui adrogatoris, hoc eſt quo fuit ab eo ſine cauſa emancipatus, quid conferet fratri ſuo naturali? Vtique non quartam quā non habet, neque rurſum quartæ actionem & petitionem quæ necdum nata eſt, nec ipſam denique ſpem quæ iam competit, cùm ſpei collatio nulla ſit. Nihilne igitur? Nihil prorſus, ſed tantum cauebit de conferenda quarta vbi eam ipſe ipſiúſve heres quiſquis ille futurus eſt, conſecutus erit. Qui proculdubio ſenſus eſt Vlpiani in verſiculo illo *Igitur & de quarta conferenda cauere eum oportebit.* Nam ſicuti qui iam confert nec cogitur, nec poteſt cauere de poſtea conferendo, ita nec alio caſu ad cautionis remedium confugimus, quàm quo melius aliud nihil fieri queat, id eſt quo collatio ipſa fieri non poſſit, neque rei, neque actionis. Quod cùm ita ſit, fatendum eſt non poſſe defendi interpretationem & reſtrictionem illam quæ apud Vlpianum ſequitur, concepta his verbis *ſed hoc ita demum ſi iam nata eſt quartæ petitio*: Nā immo verò quoties iā nata eſt quartæ petitio id eſt actio ad quartā petendam, ea ipſa actio conferenda eſt, non autē cauendū de ea conferenda, Siquidē nihil hoc caſu impedit collationē cùm actiones quoque, vt diximus cæterorū bonorum exēplo conferantur: præſtátque longè minùs quā debeat is qui cauere vult de conferendo eo quod iā cōferre poſſit ſi velit, quódque debeat cōferre. Deniq; nemo vnquā cautione oneratur niſi cùm neceſſe eſt *l. hæc ſtipulatio* 14. *§. 1. D. vt legat. nomin. caueat.* præſertim cùm cautio contenta non eſt nuda repromiſſione, ſed exigit ſatiſdationem vt hæc *l. 1. §. iubet autem* De *collat. bonor.* quemadmodum autem ſatiſdationis neceſſitati nemo ſubiiciendus eſt ſine cauſa *l. ſi creditores* 31. D. *de reb. autor. iudic. poſſid. l. 5. §. vlt. quib. ex cauſ. in poſſ. eat.* ita nec ſemper audiendus eſt qui vltrò ſatiſdationem offert ſi debeat etiam ſoluere vel conferre *l. quòd ſi non ſoluere* 10. *D. de pignor. act. l. item liberatur* 6. *§. 1. D. quib. mod. pign. vel hypoth. ſoluit.* Atqui cùm iam nata eſt quartæ actio nihil impedit quominùs actio ipſa conferatur, nec rurſus quominùs eius collatione liberetur frater naturalis, citra vllam cautionem, cùm ad aliud teneri non poſſit niſi vt conferat id quod habet in bonis. Nullus ergo caſus reperiri poteſt quo tractandum ſit de cautione ſi iam nata quartæ actio adeóque petitio proponatur. Sequitur *cæterùm ſi adhuc pater adoptiuus viuat qui eum emancipauit, dicendum eſt cautionem*

reſtitutionē & debitum quartæ, Ratióque differentiæ.

§. cùm autem impubes hoc tit.

Emendatio d. § ſi impubere.

l. 1. § iubet autem D. de collat. bonor.

d. §. ſi impubere.

quoque cessare. Quæro igitur, quonam demum casu possit locum habere quod in præcedentibus scriptum est, de quarta conferenda cauere filium oportere? Non enim casus ille adferri potest, quo pater adoptiuus iam decesserit, cùm eo defuncto necesse sit, vel quartam haberi iam vel saltem deberi, vel numquam debitum iri. Si iam habeat eam filius, quarta ipsa conferenda est non actio, nec de cautione tractandum. Si nondum habeatur, sed tamen debeatur, quarta ipsa conferri non potest, actio ipsa omnimodo conferenda est. Si verò neque debeatur, & certum sit numquam debitũ eã iri, frustratoria & illusoria, & proinde iniqua erit satisdatio si ad eam filius obligetur. E contrario hic vnus & germanus casus est, vt iam diximus interponendæ cautionis, quo de quarta tractari possit viuo adhuc adrogatore, qui filium adrogatum iam sine causa emancipauerit. Quid ergo respondebimus ad rationem illam quæ sequitur apud Vlpianum? Videtur enim elegans & recta *præmatura est enim*, inquit *spes collationis cùm adhuc viuat is, cuius de bonis quarta debetur.* Respondemus immo non esse præmaturam spem collationis, Futura quidem esset præmatura collationis petitio, cùm adhuc nihil est quod conferri possit. Sed spes collationis non potest esse præmatura eo tempore quo iam certum est quartam omnimodo debitum iri, quod euenit cùm filius adrogatus fuit emancipatus sine causa, licèt adhuc viuat adrogator, nõ enim debiti incertitudinem potest inducere quod adrogator viuit, cùm non idcirco debitum sit condicionale, sed in diem incertum quidem, id est mortis adrogatoris sed quam tamen omnimodo tandẽ aliquando exstituram esse certum est, cùm fieri per rerum naturam nequeat vt nõ aliquando moriatur adrogator. *l. nam si cùm moriar* 17. *cum l. seq.* D. *de condict. indeb.* Quod autem debetur sub condicione omnimodo exstitura, purè deberi existimatur *l. impossibilis* 7. *in fin. de verb. oblig. l. si pupillus* 9. *§.* 1. D. *de nouat.* Neque obstat quod dici solet diem incertum pro condicione haberi *l.* 1. *§.* 2. *l. dies incertus* 75. *De condic. & demonstr. l. talis scriptura* 30. *§. sed etsi sub condicione De legat.* 1. Tunc enim id obtinet cùm is qui post diem habiturus esset actionem si interea decederet nihil transmitteret ad heredem, vt puta cùm quis post mortem suam alteri hereditatem restituere aut quid aliud per fideicommissum præstare iussus est. Quo casu quamuis certum sit heredem qui rogatus fuit aliquando moriturum, ne tamẽ fideicommissum pro purè relicto habeatur, illud obstat quod ante heredem rogatum fideicommissarius ipse mori potest, vt eleganter Paulus scribit in *l. Statius Florus* 48. *§.* 1. *in fi.* D. *de iur. fisc. l. si in personã* 21. *C. de fideic.* Nẽpe quia fideicõmissarius condicionalis moriens ante cõdicionem impletam nihil transmittit ad heredem *l.* 4. *& pass.* D. *quand. dies leg. ced. l. is cui* 42. *De obl. & action.* At in proposito casu iam diximus ex Vlpiano ipso quod & verum est, filium adrogatum cui semel cœperit quarta deberi, ex causa emancipationis per adrogatorem sine causa factæ, tametsi decesserit ante narã petitionem, id est posteaquàm dies quidem cessit, sed priùs tamen quàm venerit, non eo minùs transmittere petitionem quartæ ad quemcũque suũ successorẽ. Ergo quod adhuc adrogator viuit, incertũmque est quando sit moriturus, facere non potest quominus de quarta suo tempore conferenda in præsens caueri oporteat, quippe cuius petitio non tam condicione quàm mora suspenditur. Videtur autem ratio illa quam nos impugnamus ad id respicere quod dici solet improbum eum esse qui sollicitus sit de viuentis hereditate *l.* 2. *§. interdum De vulg. & pupill. subst. l. donari* 29. *alias l. quidam §.* 1. D. *de donat.* Et ita passim

Dies incertus pro condicione.

l. Statius Florus 48. *§.* 1. D. *de iur. fisc.*

L. 2. *§. interdum de vulg. & pupill. subst. l. donari* 29. *alias l. quidam §.* 1. D. *de donat.*

passim ab interpretibus nostris accipitur. Sed quàm parũ ad rẽ nostrã id pertineat ex superioribus intelligi potest. Is enim demum improbè sollicitus est de hereditate viuentis qui ad hereditatem ipsam aspirat, quæ sicut viuentis hominis nulla est, *l.1.D.de hered.vel act.vend.l.1.D.pro hered.* ita nec ante patrisfamilias mortem ab vllo sperari probè potest, videtúrque hæc sollicitudo plena nõ solũ mali ominis, sed etiã tristis & periculosi euentus vt ait Iustin. in *l.vlt.C.de pact.* quòd non parũ verendũ sit ne tandẽ de alterius morte captanda cogitet, eiúsque votum gerat is qui tã citò de aliena cogitat hereditate quæ nec vlla sit nec esse possit nisi post mortẽ. Qua etiã ratione cũ de legitima illa portione loquimur, quæ dicitur debita esse liberis in bonis parentũ, & vicissim parentibus in bonis liberorũ, non patimur vt de illa quæratur viuo patrefamilias ex cuius bonis debetur, quia quãuis non sit pars hereditatis sed bonorũ sicut & quarta Diui Pij vt tractant nostri ad *l.cum quæritur 6.C.de inoff.test.* quippe cuius ratio proponatur deducto ære alieno ac funeris impensa *l.Papinianus 8.§.quarta autem D.eod.* tamen formã & quantitatẽ accipit ex intestati successione legitimá que hereditate cũ nihil aliud sit, vt iã suprà diximus, quãportio portionis ab intestato contingentis, nec proinde priùs de illa quæri possit quàm de ipsa intestati successione quæreretur. In eóque differt nimirũ à quarta Diui Pij, quæ licèt non aliorũ bonorũ quarta sit quã eorum quæ mortis tẽpore in adrogatoris hereditate reperientur, tamen iã inde à tẽpore impletæ cõdicionis, id est factæ per adrogatorem emancipationis sine causa, ac proinde viuo adhuc adrogatore ipso debetur, vsque adeò vt si interim adrogatus decedat petitionẽ eius ad heredẽ suũ transmittat quod perinde nemo dixerit defuncto filio emãcipato ante patrem, aut mortuis liberis ante matrem, Transmitti scilicet in eorum heredes petitionẽ legitimæ quæ liberis ipsis debita fuisset si superuixissent. Nõ enim debetur illa legitima, neque re, neque spe nisi prorsus improba, ne liberis quidẽ, qui licèt ex parentũ voto inuitentur ad parentũ successionẽ, non ideo tamen in patrios aut maternos annos inquirere honestè possunt, cũ nihil faciliùs euenire possit, quàm vt ordo mortalitatis turbetur, & liberi ante parentes moriantur: quo casu appareret clariùs nullã iis legitimã debitã vnquã fuisse. Quare si de legitima illa tractaretur, & filius emancipatus patri suo volens succedere cum fratribus in familia retentis ad collationem ex prætoris edicto vrgeretur, viua adhuc matre, non negarẽ improbam fore nedum præmaturam spem collationis si fratres in familia retenti petere vellent, vt emancipatus hic ex alia fortassis matre susceptus caueret de legitima illa quam ex maternis bonis quandoque habiturus esset, conferenda. Supponeret enim ea cautio in necessarium antecedens morituram matrem ante filium quod nec sperare, nec cogitare probus filius potest, ad cuius pietatem potiùs pertinet vt se & mortalem cogitet, & matris fato superstitem esse non desideret. Sed nec ea ratio quæ collationis æquitatem inducit hoc casu locum habet. Nempe illa, quòd emancipatus auferens fratribus paterna non debeat sibi propria retinere illa quæ ob emancipationem acquisiit, & quæ hodie non haberet si emancipatus non fuisset. In quorum numero apparet legitimam portionem poni non posse quæ aliquando fortassis ex bonis maternis ei debebitur non magis quàm ipsam maternam hereditatem, cùm eo quoque casu quo illam habiturus sit, præmoriente scilicet matre, non tamen eam habiturus sit tanquam emancipatus, sed tanquam filius & eo prorsus iure quo habiturus erat si emancipatus non fuisset. Quæ omnia diuersa sunt in ea quarta quæ filio

L.vlt.C.de pact.

In quo conueniant & differant quarta Diui Pij & legitima quæ cæteris liberis & parentibus debetur.

adrogato debetur ex constitutione Diui Pij. Debetur enim illa, non quia adrogator moriturus sit ante adrogatum, quæ spes non minùs improba esset in adrogato quàm in filio naturali, sed quia fuit iam emancipatus sine causa. Et ideo quamuis adrogatore viuo filius impubes decesserit non minùs transmittit adheredem suum quartæ huius petitionem, quàm si adrogator primus, deinde impubes decessisset. Sed & fatendum est huic filio adrogato non esse quęsitum tale ius habendæ quartæ ex bonis adrogatoris, propter emancipationem, quia si non fuisset à patre suo naturali emancipatus, non potuisset ab alio adrogari, nec proinde quicquam sibi ex bonis adrogatoris vnquam acquirere aut sperare. Aequissimum igitur est collationem fieri huius quartæ, vel actionis aut si neque quarta habeatur, neque actio nata sit, caueri saltem de collatione suo tempore facienda: Denique quantum intersit inter quartam Diui Pij & eam portionem quam nos legitimam appellamus, ex illo maximè constat, quòd quarta Diui Pij dicitur æs alienum *d.l.si adrogator* 22.§.1.D.*hoc tit.d.l.Papinianus* 8.§.*si quis impubes D.de inoff.testam.* ob idque petitur actione personali sicut & cætera omnia quæ aliis creditoribus debentur. Nam& hereditariũ æs alienum aliquando illud etiam intelligitur de quo agi non potuit cum defuncto vt in exemplis à Caio positis in *l.hereditarium* 7.D.*de reb. autor. indic. poßid.* Legitima verò neque æs alienum dici potest, quamuis malè ac imperitè à plerisque interpretibus sic appelletur, neque actione personali petitur nisi actione ex testamento cùm in testamento relicta fuit vel cùm habetur pro relicta ex Iustiniani constitutione in *l.omnimodo* 30.C. *de inoff. testam.* sed si non sit relicta ab eo qui relinquere debuit, agitur querela inofficiosi testamenti nõ ad quartam, sed ad hoc vt testamentum rescindatur vt successioni ab intestato locus aperiatur. Concludamus igitur non Vlpiani esse sed vel Triboniani, vel imperiti alicuius interpretis totam illam postremam clausulam *d.§.si impubere*, ab illis verbis *sed hoc ita demum* ad finem vsque §. quod à tot clarissimis interpretibus qui locum illum & viderunt, & ante nos explicare voluerunt, obseruatum non fuisse miramur.

l.si adrogator 22.§.1. *hoc tit.l.Papinianus* 8. §.*si quis impubes D.de inoff.test.*

ILLATIO XIII.

De fœminis quoque adrogandis.

DEcimotertiò ex eodem supradicto Principio fit vt non solùm in adoptionem dari, sed etiam adrogari possit fœmina, perinde ac masculus, *d.l.hæc autem* 20.§.1.*&* *l.seq.*D.*hoc tit.* quia natura non tantùm filiosfamilias, sed etiam filiasfamilias facit *l.nam ciuium* 4.*D.de his qui sui vel alien. iur. sunt.* In adrogatione tamen fœminæ videtur fuisse ratio aliqua dubitandi, propterea quòd adrogationis permittendæ non alia causa est quàm vt familia adrogatoris conseruetur ac perpetuetur, quod per fœminam fieri nequit. Sed cùm adrogatio omnis fiat & causa cognita & imperio Principis, nihil causæ est cur non saltem ex Principis rescripto fœminæ quoque perinde ac masculi adrogatio permittatur.

l.hæc autem 20.§.1. *& l.seq.*D. *hoc tit.*

ILL.

ILLAT. XIV.

De substitutione pupillari facta filio adrogato.

DEcimoquartò ex eodem Principio fit vt filio adrogato possit adrogator substituere pupillariter non minùs quàm filio naturali & legitimo quem haberet in sua potestate, Sed cum hac tamen differentia, quòd pater naturalis & legitimus filio suo impuberi pupillariter substituere potest in bonis omnibus quæ pupillus mortis suæ tẽpore relicturus sit etiamsi aliunde quàm à patre ipso prouenerint, quia per pupillarem substitutionem non patri succeditur, sed filio, nec in patris, sed in filij bonis *l. sed si plures* 10. §. *ad substitutos D. de vulg. & pupill. subst.* Vnde est quod exheredato quoque substituere pater potest *l.* 1. §. 1. *D. eod.* quia nihil prohibet exheredatum habere bona, scilicet aliunde quàm à patre. Adrogator verò non potest substituere filio adrogato, nisi in eis solis quæ ipse filio dedit, hoc est ad quartam vsque etsi quid aliud præterea ei adrogator reliquerit *d. l. sed si plures* §. *in adrogato eod.* Vbi tamen addit Vlpianus idem admittendum esse in aliis quoque pupilli bonis, quę is beneficio adrogatoris habuerit, vt puta ab amico aliquo vel cognato adrogatoris, quem credibile sit non nisi adrogationis contemplatione motum fuisse vt pupillo daret. Fiunt autem ista omnia optima iuris ratione. Vt enim possit adrogator pupillo adrogato substituere directò, illud facit quod habet ille pupillum in potestate nec minùs pater sit iure ciuili, quàm is qui & naturalis simul & legitimus pater est. Cur ergo prohibeatur filio adrogato substituere pupillariter, cùm ius pupillariter substituendi sit ex moribus populi romani *l.* 2. *eod. tit. De vulgar.* & consequenter ex iure ciuili non scripto romanorum? Præsertim verò cùm pupillaris substitutio sit etiam vtilis adeóque honorifica pupillo, cuius vtique interest testamentarium habere potiùs quàm legitimum heredem *l. Iulianus* 42. *D. de acq. hered.* Vt verò pupillaris illa substitutio non alia pupilli adrogati bona effectu ipso complectatur, quàm quæ ipse ab adrogatore suo aut eius contemplatione ab aliis habuerit, etsi contra vulgares pupillaris substitutionis regulas inductum videtur quæ non magis patiuntur vt pupillus quã vt alius quilibet paterfamilias decedat pro parte testatus & pro parte intestatus; Ex eo tamen fit quod aliter eueniret vt adrogator hoc ipso solo quod filio impuberi substitueret pupillariter, liberaret se ab obligatione quam per adrogationẽ contraxisset restituendorum legitimis pupilli successoribus bonorum omnium adrogati: faceret enim vt è contrario peruenirent ad eos quos ipse non minùs sibi quàm filio heredes elegisse videretur. Numquam autem in debitoris potestate esse debet vtrum debeat *l.* 2. §. *Scæuola D. de eo quod cert. loc.* nec vt immutet legem formámque stipulationis quæ ab initio fuerit certa *l. vero procuratori* 12. §. *penult. D. de solut.* Dices, Ita fieri vt decedat pupillus hic pro parte testatus & pro parte intestatus, Nego, & falsam consecutionem esse postea probabo. Sanéque nimis absurdum illud esset & à iuris ratione omnino alienum, sed tamen dico etiamsi cum interpretibus nostris id admittere quis vellet, admitti hoc necessariò debuisse maioris absurdi euitandi gratia, esséque hoc exemplum accommodatum ad eam iuris regulam quę habet, Quoties nihil sine captione inuestigari potest, eligendum esse id quod minimùm habeat iniquitatis, id est quod minus sit inconueniens, & minùs absurdum *l. quoties nihil* 200. *De regul. iur.* Quò etiam pertinet quod in hanc sententiam

L. sed si plures 10. §. *ad substitutos D. de vulg. & pupill. subst.*

d. l. sed si plures §. *in adrogato.*

Cur pupillaris substitutio filio adrogato facta non alia quàm adrogatoris bona complectatur.

L. quoties nihil 200. *de reg. iur.*

iactare interpretes solent, Posito vno inconuenienti necesse esse vt alia multa exeo sequantur. Primum enim illud inconueniens est, vt quis ex patrefamilias fiat filiusfamilias, aut vt qui iam filiusfamilias est mutet patrem & in alterius patris familiam ac potestatem transeat, duósque quodammodo patres habere videatur. Inde verò proficiscuntur cætera omnia siue absurda siue incommoda quæ circa adoptiones vel adrogationes passim occurrunt. Quæ tamen omnia legislator ciuilis parum curat, quia videt multò magis esse ex populi sui vtilitate, ad quam referre omnia & solet & debet, vt adoptiones & adrogationes in republica recipiantur. Planè si adrogator filio adrogato substituere per fideicommissum velit, in ea quidem quarta quam ex Diui Pij rescripto ei relinquere debet velut æris alieni loco, non poterit, quia non tam ex iudicio patris, quàm ex principali prouidentia eam habere intelligitur *d. l. si adrogator 22. §. 1.* certum autem est, bona propria filij non posse fideicommisso contineri *l. coheredi 41. §. cùm filia De vulg. & pupill. l. sequens quæstio 68. de legat. 2.* cùm in eo differat fideicommissum à pupillari substitutione, quòd illa honor, hoc autem onus est: Sed in cæteris bonis quæ ab eodem adrogatore supra quartam pupillus habuerit, nemo dubitat quin etiam per fideicommissum ei substituere adrogator possit, sicut & alij cuilibet heredi quantumuis extraneo substituere posset. Non tamen, vt puto, in iis etiam quæ adrogatoris contemplatione habuerit pupillus, mortuo iam adrogatore, aut etiam viuo illo, si qua tamen sunt quæ viuo adrogatore acquiri possint adrogato, puta qui alia ratione fuerit liberatus à patria potestate, Aut quæ ita fuerint ei filio relicta, vt non etiam per ipsius personam adrogatori ipsi fuerint acquisita, puta si adrogator consenserit vt filio ipsi non sibi per filium acquirerentur. Fuerunt enim filijfamilias etiam iure vetere capaces acquisitionis, patre ita volente & consentiente vt à nobis ostensum est *lib. 7. Coniect. ex l. cogi 16. §. si pater D. ad SC. Trebell. l. is qui heres 13. §. vltim. D. de acquir. hered. l. 1. Cod. qui admitt. ad bonor. possess.* Cæterùm si ponas aliquid relictum fuisse adrogato in sui adrogatoris potestate constituto, quod per eum adrogatori non reluctanti acquiri potuerit, non video qua ratione adrogato ipsi quæsitum dici possit, nec proinde quis fieri locus quæstioni, Vtrum in iis bonis permittendum sit adrogatori vt filio substituat siue pupillariter, siuè per fideicommissum. Bona enim adrogatoris sunt non adrogati: quod non similiter dici potest de iis bonis quæ pupillo adrogato relicta sint & acquisita post mortem adrogatoris. Illa namque adrogati non adrogatoris bona sunt licèt ab amico vel cognato adrogatoris relicta sint contemplatione ac veluti remuneratione quadam adrogationis, & ideo in fideicommissum venire non possunt, quamuis veniant in substitutionem pupillarem *dict. §. in adrogato*, quia nec nouum est vt plenior sit pupillaris substitutio quàm fideicommissum, Per quam scilicet fiat vt pupillus & hereditatem testamentariam habeat, & testamentarium heredem. Et de his sanè bonis omnino accipiendum est quod scribit Vlpian. in *dict. §. in adrogato in fin.* id est de ijs quæ adrogato fuerunt acquisita mortuo adrogatore, Vt scilicèt veniant in substitutionem pupillarem quam pater adrogator simpliciter & indistinctè fecerit adrogato, licèt neque specialem eorum bonorum mentionem fecerit, neque vniuersaliter substituere potuerit in omnibus bonis adrogati: quia cùm per pupillarem substitutionem filio succedatur non patri & in hereditate filij non patris, consequens

L. si adrogator 22. §. 1.

Plenius est ius substitutionis pupillaris quàm fideicõmissi d. l. sed si plures 10. §. in adrogato in fin.

sequens est vt in æstimãdo patrimonio pupilli hoc est vt sciatur quid in ipsius hereditate sit, vel non sit, tempus illud inspici oporteat quo hereditas pupillaris esse incipit, id est quo pupillus iam mortuus est, vt in ea reperiantur illa etiam bona quæ nec patris nec pupilli fuerint tempore mortis patris. Denique in pupillarem substitutionem ab adrogatore sicut & ab alio quolibet patre factam veniunt bona omnia pupilli vndecumque quæsita, Solis iis speciali iure exceptis, quæ ex causa adrogationis in familiam adrogatoris simul cum adrogati capite translata, aut post adrogationem potestatis iure adrogatori per adrogatum acquisita, legitimis pupilli successoribus ex stipulatione adrogationis tempore interposita restitui oportet. Quamquam si quis subtilius agere, ac rem ipsam ita vti est æstimare volet, minùs accommodata exceptio ista esse videbitur. Non enim restituuntur bona ista pupilli agnatis proximis tanquam legitimis successoribus & iure successionis intestati, vt vulgo creditur, sed tanquam iis qui ab intestato successuri fuerant si adrogatio nulla facta fuisset, vt loquitur Marcellus *in d. l. non aliter* 18. *hoc tit.* Cæterũ fieri non potest vt pupillus moriens in adrogatoris familia, eos habeat heredes legitimos, & ab intestato quos habiturus esset citra adrogationem, cùm familiam mutando & patrem, agnatos quoque mutauerit nouíque agnati illi sint quos heredes ab intestato habere debeat, si nullum ab adrogatore habuit substitutum, Nec aliud pristinis agnatis ius superest ad consequenda pupilli bona quæ habituri erant si non fuisset ille adrogatus, nisi vt agant ex interposita stipulatione vel actione vtili tanquam ex interposita si interposita nulla fuit: Non enim possunt ab intestato succedere qui non sunt amplius agnati, neque cum nouis agnatis quibus solis lex 12. tab. hereditatem defert, concurrere. Similiter igitur dicendum est, si adrogator filio impuberi adrogato dederit substitutum pupillarem, esse illum heredem pupilli in solidum ex testamento, cùm pupillaris substitutio semper sit testamentum filij, nulla verò ex parte pupillum decedere intestatum, quamuis substitutus ille idémque heres testamentarius pristinis agnatis bona omnia quæ pupilli fuerant, aut per pupillum adrogatori acquisita restituere teneatur velut æris alieni loco. Fit enim illa restitutio, vi & potestate obligationis & actionis personalis non iure successionis, Immo facienda est ab herede & successore siue testamentario siue legitimo ipsius pupilli, quoties ponimus decessisse illum & impuberem & institutum ab adrogatore. Quod ideo adiicere libet, quia si esset ille à patre adrogatore emancipatus sine causa sicut ei ipsi restituenda essent bona tam quæ ante adrogationem habuisset, quàm quæ constante adrogatione patri quæsiuisset *d. §. cum autem impubes hoc tit.* Ita & defuncto illo impubere ante factam sibi restitutionem dubitandum non esset, quin eandem petendæ restitutionis facultatem transmitteret ad legitimos suos heredes, eosdem hoc casu futuros qui futuri erant si adrogatio nulla facta fuisset, siquidem emancipatio quælibet dummodo ritè facta quamuis iniustè ac sine causa sicuti dissoluit adrogationem, ita eos agnatos reddit quos adrogatio abstulerat, nouósque extinguit quos dederat adrogatio. Adeò pristinæ adoptionis vestigium nullum superest vbi ea semel dissoluta est per emancipationem *l. in omni iure* 13. D. *hoc tit.* Quòd si adrogatus in familia quidem adoptiua permanserit, sed tamen ab adrogatore suo exheredatus sit sine causa, quemadmodum quartam habere debet ex bonis adrogatoris secundum Diui Pij constitutionem, ita &

d. l. non aliter 18. *D. hoc tit.*

l. in omni iure 13. *D. hoc tit.*

multò magis bona sua recuperare, ne plus iuris alioquin habere videatur in bonis adrogatoris, quàm in iis quæ aliquando propria fuerant, Néve melior sit condicio agnatorum pupilli quibus adrogatio ius agnationis sustulerit, quàm ipsius pupilli qui numquam desinit idem ille esse qui fuerat ante adrogationem. Idque est quod innuere videntur Impp. in *d. l. 2. C. hoc tit.* in illis verbis *in facultates eius quæ ei diligenti prouisione seruanda sunt.* Ostendunt enim restitutionem bonorum pupilli adrogati non tantùm pristinis eius agnatis, sed & pupillo ipsi nonnullis casibus faciendam esse, quod & apertiùs scriptum est in *d. §. cùm autem impubes.* Quid ergo si impubes hic iustè sit exheredatus? Quamquam vti iam diximus vix est vt in eius persona possit iusta exheredationis causa contingere. Et puto idem hoc casu dicendum fore quod diceremus si iustè & causa cognita fuisset emancipatus. Quo casu placeret, quartam quidem eum amittere, sed tamen non eo minùs bona sua ipsi restitutum iri oportere *d. §. cùm autem*. Nimirum si impubes proponeretur. Nam si poneres & factum puberem, & iusta ex causa exheredatum, non puto aliud ei ius superfuturum, nisi proponendæ querelæ inofficiosi testamenti, in qua tamen fieri non posset vt non succumberet qui iustè exheredatus esset. Itaque sicuti cùm adrogatus exheredatus est iustè & quærimus an habere quartā debeat ex rescripto Diui Pij suprà distinximus, *illat.* 12. puberem ab impubere, id est non tantùm an pubes vel impubes fuerit adrogatus, sed etiam an adrogatus qui adrogationis tempore fuit impubes postea decesserit adhuc impubes, an verò iam pubes factus. Ita & eandem distinctionem adhibendam putamus, cùm quæritur an bona pupilli adrogati iustéque exheredati sint ei, eiúsve pristinis agnatis restituenda, Vt existente eo impubere bona ipsius omnimodo restituantur, pubere verò existente, nullomodo. Et sanè impuberi magis quàm puberi faueri æquum fuit, vt & in specie *l. necessarijs* 57. *De acquir. hered.*

L. 2. C. hoc tit.

§. cùm autē impubes hoc tit.

Quid in filio adrogato siue pubere, siue impubere exheredato.

DEcimoquintò ex eodem supradicto Principio fit, vt non tantùm in locum filij sed etiam in locum nepotis adoptare quis possit, adeóque tametsi filium nullum habeat *l. adoptare* 37. D. *hoc tit. d. l. si adrogator* 22. *§. vlt.* vbi Vlpianus monet, quod à nobis quoque monendum supererat, ea omnia quæ in superioribus diximus de impubere adrogato, eadem dicenda esse non solùm si in locū filij, sed & si in locum nepotis impuberem aliquis adrogauerit. Quemadmodum enim natura non tantùm filiosfamilias facit, sed etiam ex filiisfamilias nepotes, ita & adoptio quæ naturæ exemplo filiosfamilias facit, conueniens est vt nepotes quoque facere possit. Illa tamen differentia est inter nepotes & filiosfamilias qui per adoptionem fiunt, quod in filiisfamilias adoptiuis nulla distinctio est, quin tāquā ex adoptatore ipso suscepti adoptētur, implicarétque cōtradictionem si quis diceret adoptari quem in filiumfamilias à Titio tanquam ex alio quā ex adoptatore ipso susceptum: siquidem non posset à natura filiusfamilias Titij esse is qui ex alio quàm ex Titio susceptus esset. At cùm quis adoptatur in locum nepotis, distinguendum est an adoptetur tanquam susceptus ex eo filio quem adoptator adhuc viuum habeat aut aliquando habuerit, an verò tanquam ex quolibet natum: Non quòd vtroque casu non sit perinde nepos iure legis, qui in locum nepotis adoptatur, atque nepos esset iure naturæ si ex filiofamilias natus esset: Sed quia priore tantùm

l. adoptare 37. D. hoc tit. d. l. si adrogator 22. §. vlt.

casu

casu non etiam posteriore nepos hic iura consanguinitatis nanciscitur, cum nepote naturali quem ex eodem filio susceptum habebat auus idémque adoptator, vt eleganter scribit Proculus in *l. si is qui nepotem 44. eod. titul.* vbi ait, Si is, qui nepotem ex filio habet, in nepotis loco aliquem adoptauerit, mortuo auo iura consanguinitatis inter nepotes futura non esse: Sed si sic adoptauit, vt etiam iure legis nepos suus esset, quasi ex eodem filio suo, puta Lucio, & ex eius matrefamilias natus esset, contrà fore. Rectè verò *iure legis* ad differentiam alterius nepotis qui non tantùm legis, sed etiam naturæ iure nepos est eidem auo, vt proinde nil necesse sit cum Duareno locum emendare, ac legere *iure legéque*. Quò etiam pertinet quod Vlpianus scribit in *dicta lege si paterfamilias 15. §. 1. eod. titu.* Eum, qui duos filios & ex altero eorum nepotem habet, si velit nepotem quasi ex altero natum sic adoptare, posse hoc efficere si eum emancipauerit, & sic deinde adoptauerit quasi ex alio natum, *facit enim hoc*, inquit, *quasi quilibet, non quasi auus, & qua ratione quasi ex quolibet natum potest adoptare, ita potest & quasi ex altero filio.* Et sanè cùm filiatio illa, vt ita dicam, quæ per adoptionem inducitur tota sit fictitia & imaginaria, & ex arte iuris, mirum non est si possit quis aliquem nepotis loco adoptare etiamsi vel filium nullum habeat, aut si tanquam ex alio filio susceptum, quàm ex quo sit susceptus, Quamuis natura facere non possit, vt nepotem ex filio ille habeat, qui filium nunquam habuit, aut vt ex filio Lucio nepos sit, qui ex filio Sempronio susceptus est. Nam & inde est quod etiam is qui vxorem non habet, filium tamen adoptare potest *l. & qui vxores 30. hoc titul.* Sufficit enim quod habere posset si vellet, quamuis non possit id sufficere ad hoc, vt filium naturalem & legitimum sibi acquirat. Nuptiis enim iisque veris & iustis in eam rem opus est. Nimirúmque ex hoc vno proficiscitur quod diximus de nepotibus, Posse scilicet quem adoptari loco nepotis tanquam susceptum non solùm ex filio certo, sed etiam ex filio incerto ac imaginario qui numquam fuerit, quod euenire necesse est cùm quis in nepotem adoptatur ab eo qui filium nullum habeat, ac ne quidem vxorem fortassis vnquam habuerit. Et id est quod ait Pomponius in *l. adoptiones 43. eod.* adoptiones non solùm filiorum, sed & quasi nepotum fieri, vt aliquis nepos noster esse videatur perinde quasi ex filio, vel incerto natus sit. Non enim sensus ille est, vt possit quis in nepotem adoptari tanquam susceptus ex quolibet (sicuti namque nepos naturalis dicitur ex filij comparatione, ita & necesse est omnem qui adoptatur in locum nepotis adoptari tanquam ex aliquo filio) sed hoc sibi vult Pomponius non esse necesse, vt adoptetur quasi susceptus ex hoc, vel ex illo filio certo puta ex Lucio, aut ex Sempronio, sed posse adoptari tanquam susceptum ex quolibet filio, id est etiam incerto & imaginario. Quo etiam sensu accipiendum est, quod diximus ex Vlpiano in *dicta lege si paterfamilias §. 1.* in illis verbis *quasi ex quolibet natum potest adoptare.* Ex quolibet scilicet filio, vel incerto, id est etiam incerto & qui nullo certo nomine demonstrari possit cùm reuera nullus sit, sed tamen non nisi tanquam ex filio aliquo non tanquam ex aliquo extraneo. Nemo enim sibi potest acquirere nepotem adoptiuum quasi ex eo susceptum qui extranaus fuerit, cùm adoptio in his demum personis locum habeat in quibus etiam natura potest ha-

L. si is qui nepotem 44. eod.

l. si paterfamilias 15. §. 1. eod.

l. & qui vxores 30. hoc tit.

L. adoptiones 43. eod.

d. l. si paterfamilias §. 1.

l. adoptio 16. eod. bere, vt dicemus Princip. *seq. ex l. adoptio 16. hoc tit.* Itaque vt dicamus apertiùs quod Vlpian. sensit in *dicto* §. 1. qui habet duos filios, & ex altero nepotem, potest quidem hunc ipsum nepotem ex Lucio filio adoptare in nepotem quasi ex Sempronio, perinde acsi ex quolibet alio etiam extraneo natus esset. Non enim ideò minùs adoptari posset in locum nepotis, at non quasi ex quolibet, sed quasi ex Sempronio qui non quilibet, id est extraneus, sed filius proponatur. Quod si Sempronius non esset, adhuc posset adoptari nepos hic ex Lucio in locum nepotis quasi ex alio filio qui neque esset, neque vnquam fuisset, Itémque adoptari à quolibet, id est etiam ab eo qui non sit auus naturalis, sed tamen non nisi quasi ab auo & consequenter tanquam ex aliquo filio, siue certo, siue incerto susceptus, quoniam auum habere nō potest, nisi qui pro patre illum habeat qui eiusdem aui filius sit, vel certus, vel incertus, cùm per filij personam duntaxat auus nepoti vicissimque nepos auo coniungatur *l. dotem 6. D. de collat. bonor.*

ILLATIO XVI.

De cognationis iure quod per adoptionem quæritur.

L. qui in adoptionē. 23. D. hoc tit. DEcimosextò ex eodem Principio fit vt qui in adoptionem datur, his duntaxat cognatus fiat, quibus agnascitur, quibus verò non agnascitur, nec cognatus fiat *l. qui in adoptionem 23. D. hoc titu.* Nempe quia per adoptionem filiusfamilias tantùm fit is qui adoptatur, non autem filius simpliciter, & absolutè, id est, vt suprà explicauimus, non nisi iure ciuili filius est, quia ius ciuile non alium filium agnoscit quàm qui sit filiusfamilias, sicut nec alium patrem quàm qui sit paterfamilias. Ius autem ciuile alios cognatos nullos agnoscit quàm qui sint agnati, quoniam nec ad aliud respicit quàm ad conseruationem familiarum, quæ porrò non per alios conseruari possunt quàm per masculos eósque qui per masculos sint coniuncti. Et hæc ratio illa ipsa est sicque explicanda quam Paulus reddit in *d. l. qui in adoptionem*, iis verbis, *adoptio enim non ius sanguinis, sed ius agnationis adfert.* De quo plura posteà dicemus Princip. 2.

ILLATIO XVII.

De filio adoptato per emancipatum.

l. quē filius 26. eod. DEcimoseptimò ex eodem Principio fit vt is quem filius meus emancipatus adoptauerit, nepos meus non sit *l. quem filius 26. eod.* quia cùm per adoptionem non filius simpliciter & absolutè, sed filiusfamilias acquiratur vt proximè diximus, fieri non potest, vt qui à filio meo emancipato adoptatur nepos meus fiat, siquidem in familiam meam non venit, à qua ipsius pater adoptiuus, quem nos emancipatum ponimus, omnino alienus est: factus nimirum extraneus per emancipationem *L. quinetiam 55. in fin. D. de rit. nupt.*

ILLATIO XVIII.

De illo qui natus est ex filio adoptiuo.

DEcimooctauò ex eodem Principio fit vt ex adoptiuo natus adoptiui locum obtineat in iure ciuili *l.ex adoptiuo* 27.*D.hoc titu.*quia cùm adoptiuus filius,id est per adoptionem filiusfamilias factus sit in familia adoptatoris, consequens est,vt qui ex eo postea nascitur durante adoptione eandẽ familiã sequatur,id est perinde in eiusdem adoptatoris familia sit acsi esset ipse quoq; adoptatus, quãuis reuera per naturã magis quàm per adoptionem ex proprio capite in eius qui adoptauit familia reperiatur,quanquam potest vno casu hic quoque nepos in adoptiua familia natus admitti ad bonorũ possessionem aui naturalis,sed ex decreto nõ ex edicto prętoris,scilicet si post mortẽ aui adoptiui fuerit hic nepos emancipatus à patre suo naturali,sicut & si filius emancipatus sublato filio & emancipato adrogandũ se dedisset ac mortuo patre adoptiuo decessisset,vt subtiliter tractat African.in *l.si duobus* 14.§.*filius* De *bon.poss. cont. ta.*vbi rationẽ adfert,*ne alioquin nepos hic ab omniũ bonis excluderetur.*Loquor autẽ de illo qui ex filio adoptiuo postea nascatur durante tamẽ adoptione,quoniã in eo qui iã ante adoptionẽ natus esset aliud probari potest. Si quis enim filiũ habens & ex filio nepotẽ,vtrũq;in sua potestate filiũ solũ dederit in adoptionẽ,nemo dubitat quin ex eo nepos nihilominus retineatur in aui naturalis potestate,vt Modestinus scribit in *l.adrogato* 40.*eo.tit.*vbi elegantẽ hãc differentiam constituit inter adoptionẽ,& adrogationem, quod adrogatio simul cũ capite adrogati transfert omnes ipsius liberos in familiã adrogatoris, adoptio nõ item:Nempe quia adrogatio fit eius qui sit paterfamilias, adoptio verò eius qui sit filiusfamilias.Qui paterfamilias est,totã familiam suam,vt secum trahat necesse est.Qui verò filiusfamilias est,cùm neque familiam, neque proprios liberos in sua potestate habere possit,cur alienam familiã secum trahat? An non ita fieret iniusta patrifamilias qui filiũ quidem in adoptionẽ dare voluit,sed nepotem in familia retinere?Id siquidem est quod Caius scribit in *l.liberum* 28.*hoc t.*liberũ arbitriũ esse ei qui filiũ & ex filio nepotẽ in potestate habeat filiũ quidem potestate demittere,nepotẽ verò in potestate sua retinere,vel ex diuerso filium quidem in potestate retinere,nepotem verò manumittere.Etsi enim de emancipatione potius quàm de datione in adoptionem loqui Caium apparet ex verbo manumittendi, aut potiùs (nam & adoptio per manumissiones fiebat *l.vlt.C.eod.*)ex illis sequentibus *vel omnes sui iuris efficere*,tamen dubitandum non est quin dationis in adoptionem eadem ratio hac parte sit quæ emãcipationis,cùm vtroque casu,id est,tam qui dat in adoptionem quàm qui emancipat vltrò à se abdicet ius patriæ potestatis.

l.ex adoptiuo 27.

L.si duobus 14.§. filius de bon poss. contr.tabul.

L. adrogato 40.hoc tit.
L. liberum 28.eod.

ILLATIO XIX.

De cæco adoptante,vel adoptato.

DEcimononò ex eodem Principio fit vt etiam cæcus & adoptare, & adoptari possit *l.etiam cæcus* 9.D.*hoc tit.*quia nimirum & filiusfamilias esse & filiumfamilias habere perinde potest acsi cæcus nõ esset,nec tam corporis quã animi oculis eget is qui vel adoptat,vel adoptatur, vt nihil sine maturo consilio iudicióque faciat.Nam & eadem ratione placuit cæcum quoque iudicandi officio fungi posse *l.cæcus* 6.D.*de iudic.*

L.etiam cæcus 9. D.hoc tit.

ILLATIO XX.

De voluntate illorum duntaxat, qui suæ potestatis sunt in adrogationibus exquirenda.

VIcesimò ex eodem Principio fit vt in adoptionibus, quæ fiunt per adrogationem, eorum duntaxat qui suæ potestatis sunt voluntas exquiratur, quoniam scilicet solus ille filiusfamilias fit, aliorum verò quos ille in sua potestate habebat nihil interest nisi per consequentias cùm iam sint in aliena potestate. Sin autem à patre dantur in adoptionem, in his vtriusque arbitrium spectandum est, vel consentiendo, vel non cõtradicendo *l. in adoptionibus* 5. *D. hoc tit.* quia & eius interest qui per adoptionem filiusfamilias fit, & patris etiam, qui hac ratione filium amittit.

l. in adoptionibus 5. eod.

ILLATIO XXI.

De non exquirenda in adoptionibus voluntate illorum inter quos iura agnationis consequuntur.

VIcesimoprimò ex eodẽ Principio fit, vt cùm quis adoptatur, siue Principis autoritate, siue magistratus imperio non sit necessaria in eam rem autoritas, vel voluntas eorum inter quos iura agnationis consequuntur, id est non nisi per consequentias acquiruntur *l. cùm adoptio fit 7. eo. hoc tit.* Nempe quia per adoptionem id duntaxat agitur principaliter, vt filiusfamilias quis fiat, Vt verò fiat agnatus omnibus qui sunt in familia non agitur, sed fit in consequentiam necessariam, Quemadmodum & cùm quis nuptias contrahit non nisi de quærendis liberis cogitat, non etiam de agnationis iure quod inter iustos liberos qui ex iis nuptiis suscepti erunt, & alios agnatos conciliandum speratur. Ergo sicuti agnatorum, consensus non requiritur, autoritas verò multò minus ad hoc vt quis per iustas nuptias filiumfamilias sibi paret. Ita neque illo casu quo velit quis per adoptionem tibi filiumfamilias comparare. Non idem iuris est si agatur de confirmanda per Principem adoptione quæ fuerit non iure facta. Etsi enim à Principe confirmari potest, non aliter tamen quàm adhibitis etiam his qui contradicant, id est qui huiusmodi adptionis confirmatione læderentur *l. adoptio 38. cum l. seq. hoc titu.* Nam & idem eueniret si confirmandus esset status liberorum ex iniustis nuptiis aut ex alio quolibet illegitimo coitu susceptorum, vt alibi dicemus. Nec sanè æquum est eodem iure censeri adoptionem non iure factam, quo censeatur ea quæ iure facta sit, præsertim cùm agitur de præiudicio tertij. Et diuersitatis ratio euidens illa est, quod adoptionis non iure factæ confirmatio numquam fit, nisi causa cognita. Vbi autem causæ cognitio necessaria est nihil fieri debet inauditis iis quorum interest *l. etiam 29. §. vlt. D. de minor.* & absurdum iniquúmque esset Principẽ confirmãdo adoptionem eorũ ius lædere quos ipsa adoptio nõ læsisset *arg. l. nec vtilem 20. D. ex quib. caus. maior.* At adoptio fit ex sola voluntate adoptantis & eius, qui adoptatur, itémque magistratus, aut Principis qui autoritatẽ præstat, Ob idque dicitur esse actus voluntariæ iurisdictionis nõ cõtẽtiosę *l. 2. D. de offic. procons.* Ac quãuis suprà dixerimus in adoptionibus plerũq; causę cognitionẽ interuenire, præsertim verò si adrogatio facta proponatur, id tamẽ ita accipiẽdũ est, vt nõ patiatur Princeps fieri adrogationem, quin eius

l. cùm adoptio fit. 7. eo.

l. adoptio 38. cum seq. eo.

Alio iure censetur adoptio iure facta, alio ea quæ iure facta est & indiget confirmatione.

eius faciendæ causa aliqua & allegetur,& probetur, Non etiam vt per speciem iudicialis disceptationis ea causæ cognitio interponatur,quomodo interponẽda esset,si de adoptione confirmãda tractaretur. Adoptionem enim facere facti est,confirmare verò iuris.Qui adoptat, non lædit ius familiæ quam auget. Qui confirmat adoptionem non iure factam lædit,quia peius est malè factam esse adoptionem quàm nullomodo *arg.l.vnic.in fin. D. quand.dies vsusfr.leg. ced.*Denique adoptio fit ab eo qui de familia sua disponẽdi liberum habet arbitrium.Adoptionis verò confirmatio perPrincipẽ qui non tanquam familiæ dominus ita facit,sed tanquam Princeps,id est tanquam communis pater omniũ ad quos ea res pertinere potest,quẽ proinde æquum est nihil constituere nisi auditis iis qui ex eiusmodi cõfirmatione lęderentur.Obseruandũ tamẽ est hãc distinctionem adoptionis vel iure,vel nõ iure factæ ad eam duntaxat adoptionis speciem pertinere,quæ speciali nomine adoptio appellatur,non item ad adrogationem quæ cùm non nisi & Principis autoritate & causa cognita fieri possit, vix est, vt non iure facta videatur, siquidem autoritas Principis qui est supra leges supplet defectum solemnitatum omnium,quę ex legibus alioqui requirerentur.

Causæ cognitio necessaria ad cõfirmandã adoptionẽ non iure factam differt ab ea qua adhibetur ad permittẽda adrogationem.

ILLATIO XXII.

De iure sui heredis per adoptionem acquirendo.

VIcesimosecundò ex eodem Principio fit, vt qui adoptatur sicuti per adoptionem filiusfamilias fit,ita & suus heres fiat patri,quoniam quisquis filiusfamilias est,cùm & in potestate sit,& primum in causa succedendi locum obtineat,non potest non etiam suus heres esse,vt suprà diximus illat.1. Vnde est quod si quis post factum testamentum adoptauerit apud populum illũ qui sui iuris est,hoc est,qui patrem non habet,aut apud prętorem,illum adoptauerit qui in potestate patris est, rumpitur eius testamentum quasi agnatione sui heredis,vt scribit Caius in Instit. *lib.2.tit.3.De exher.liber.* §.*si quis post factum.* Sed hoc ita si quis in filij locum adoptatus sit:Nam si quis nepotem quasi natũ ex eo filio quem in potestate habet consentiente filio adoptauerit non agnascitur hic suus heres auo postea decedenti,quippe cùm post mortem aui quasi in patris recidat potestatem *l.si quis nepotem* 10.D.*hoc tit.* tanquam qui per adoptionem ab auo factam effectus sit filiusfamilias filij moriente auo qui adoptionis tempore paterfamilias erat.Idem namque contingeret si naturalis simul & legitimus auo nepos fuisset, id est ex iustis filiifamilias nuptiis quæsitus §.1.*infr.quib.mod.ius patr.potest. soluit.* Quid ergo si in huiusmodi adoptione facta in locum nepotis ex eo filio qui fuit in potestate cõsensus filij interuenerit?Certum est,futurum hoc casu vt auo mortuo non recidat nepos in potestatem filij,cui alioquin, vel ignoranti, vel etiam inuito suus heres adnasceretur,quorum neutrum æquum esse diximus *illat.* 5.*supr.eod.* Ergo adnascetur suus heres auo.Nec enim videri potest ei obstare persona filij in cuius potestatem,neque recidat moriente auo, neque postea recidere vnquam possit, Neque ad rem pertinet quod non sit adoptatus nisi tanquam nepos.Nõ enim ex eo fit,vt à filio anteuertatur in causa successionis,cùm nec filius ille adoptãtis pater eius esse intelligatur. Sufficit autem ad inducendum ius sui heredis quòd quis sit in potestate nec ab alio anteuertatur in causa succedendi quam-

L.si quis nepotem 10.D. hoc tit.

L. si quis filio 6. D. de iniust. rupt. l. scripto 7. D. vnd. liber.

uis non filius sit, sed nepos vt in *l. si quis filio* 6. D. *de iniust. rupt.* *l. scripto* 7. *D. vnd. liber*. Itaque eodem iure censendus est hic nepos quo censeretur si in nepotis locum adoptatus esset ab eo qui filium nullum haberet quod fieri posse suprà diximus illat. 15. Quo tamen casu non posset dubitari quin morienti auo adoptiuo esset nepos suus heres, siquidẽ à nemine anteuerteretur, Hoc ipsum verò non alia de causa quàm quia patrem nullum haberet. Sola namque patris persona interposita illa est quæ impedit ne is qui nepotis locum obtinet suus heres auo dici possit.

ILLATIO XXIII.

De emancipato reuertente in patriam potestatem per adoptionem.

L. qui liberatus 12. D. hoc tit.

VIcesimotertiò ex eodem Principio fit vt is etiam qui semel patria potestate liberatus est in potestatem honestè reuertatur per adoptionem *l. qui liberatus* 12. *D. hoc tit.* Nam cùm adoptio sit veluti subsidiaria naturæ, vt qui naturalem & legitimum filium nullum habet in potestate, habeat saltem legitimum, nihil vetat eum qui fuerit antea emancipatus redire in potestatem rursùmque fieri filiumfamilias per adoptionem, quamuis non possit redire in vterum matris, vt iterum naturalis & legitimus & consequenter in potestate ex iustis nuptiis nascatur. Ideò autem Vlpian. in *dicta lege qui liberatus*, scribit, Eum qui liberatus est patria potestate in eandem potestatem honestè postea reuerti non posse citra adoptionem, Vt intelligamus posse quidem reuerti etiam citra adoptionem, sed ex causa tantùm ingratitudinis *l. vnic. C. de ingrat. liber.* qua causa fœdior & turpior alia esse nulla potest. Sed tamen hoc ipsum accipiendum est de eo, qui fuerit aliquando in potestate tanquam filius naturalis & legitimus, non adoptionis iure. Nam eũ quem quis adoptauerit si emãcipauerit, vel in adoptionem dederit, iterum adoptare non potest *l. adoptare* 37. §. 1. *D. hoc titu.* Nempe quia sicuti nemo per naturam bis nascitur in eiusdem patris potestate, ita nec per adoptionem fieri potest, vt eiusdem patris filiusfamilias bis fiat, cùm adoptio naturam imitetur, vt iam suprà diximus ex *l. adoptio* 16. *eo.* Et sanè vix est, vt certo iudicio & consilio velit quis iterum adoptare illum quem iam adoptatum aliquando à se abdicauerit, siue emancipatione, siue datione in adoptionem.

L. vnic. C. de ingrat. liber.

l. adoptare 37. §. 1. D. hoc tit.

ILLATIO XXIIII.

De effectibus qui consequuntur dissolutionem adoptionis.

L. in omni 13.

VIcesimoquartò ex eodem Principio fit, quod Papin. scribit in *l. in omni* 13. *eod. titu.* In omni ferè iure finita patris adoptiui potestate nullum ex pristino vestigium retineri, adeò vt ipsa etiam patria dignitas quæsita per adoptionem finita adoptione deponatur. Nam cùm is qui adoptatur non idcirco filius fiat absolutè, sed filiusfamilias, id est filius iure ciuili, consequens est vt iure quoque ciuili possit omnino tolli vinculum adoptionis ex *reg. l. nihil tam naturale* 35. *De regul. iur. l. prout* 80. *D. de solut.* vtque sublato eo vinculo quod non nisi iuris ciuilis potestate sustinebatur,

in eum

in eum statum redigantur omnia in quo erant ante factam adoptionem. Itaq; filius adoptiuus si emancipetur non intelligitur esse ex liberis ne iure quidem prætorio *l.1.§.& sui l.3.§.sed si sit D. de bonor.poss.contr.tab.* Qui etiam sensus est *l.1.§.pen.* in illis verb. *in adoptiuis dummodò maneant liberi D. de leg.præst.* Iunge *l.1.§.liberos D.vnd.liber.l.si quis posthumos 9.§.vlt. De lib.& post.* Quod in filio naturali & legitimo secus est. Is enim quantũuis emancipetur, & per emãcipationem desinat esse filius iure ciuili incipiátq; haberi pro extraneo *l.quinetiam 55.§.1.D.de rit.nupt.* remanet tamen filius iure naturę quia sanguinis & naturę iura nullo iure ciuili dirimi possunt *l.iura sanguinis 8.D.de regu.iur.* ob ídque & à prętore in omnibus habetur pro filio censetúrque eodẽ iure, quo si emancipatus nõ esset, vt constat ex omnibus ferè partibus edicti *De bon.poss.* Idcirco autẽ addita est à Papiniano dictio *ferè* quia nõnumquã euenit vt pristinę adoptionis vestigiũ aliquod remaneat etiã post emancipationem, vt in specie *d.l. quinetiã in prin.* vbi scriptum est nefas existimari eã quoq; vxorem ducere quæ per adoptionẽ filia neptisve esse cœperit, In tantũ vt etsi per emãcipationẽ adoptio dissoluta sit idẽ iuris maneat. De quo scripsimus ad Prin.6.*illa* 5.*ti.pra.* Subiũgit verò Papinianus patriã quoque dignitatẽ amitti dissoluta adoptione, quoniã ea omniũ minimè amitti videbatur, tanquã quę omnino adhęreat personę cui semel fuit acquisita. Quid enim personalius, vt ita dicam, & à persona inseparabilius est, quàm dignitas? Nã & inde est quod placet eidem Papiniano dignitatem quę ex persona patris eiusdémque Senatoris filio acquisita sit, propter superuenientem casum eiusdẽ patris remoti à Senatu ei aufferendam non esse *l.filiam 9.D.de Senat.l generali 34.§.vlt.D.de rit.nupt.* Sed aliud est patrem amittere suã dignitatem, aliud verò amittere ius & nomen patris, id est ipsam, vt ita dicã paternitatẽ. Qui amittit dignitatem suam si remaneat pater non nocet filio quin cum filij nomine & iure dignitatem quoque retineat ille quæ sibi aliquando tanquam filio fuit acquisita. Qui verò dignitatem quidem retinet, sed desinit esse pater quod fit dissoluta adoptione, sicut adimit filio nomen filij, ita & ea omnia quæ non nisi iure filij habere filius potuerat. Plus enim est amittere subiectum quàm accidens. Patria dignitas nihil nisi accidens est, quod paternitatem ipsam quodammodo pro subiecto habet, aut saltẽ pro causa vt in filium deriuari possit. Itaque nil necesse est, vt filius adoptatus amittat dignitatem patris adoptiui quamuis pater ipse eam amiserit. At amisso filij nomine & iure fieri nequit, vt quicquam retineat ex eo quod vel adhuc sit, vel aliquando fuerit patris. Huc pertinet quod de Senatoris filio, siue naturali, siue adoptiuo emancipato scriptum est in *l.6.& 7.D.de Senator.*

L. filiam 9. D.de Senat. l. generali 34.§.vlt.D. de rit.nupt.

l.6.& 7.D. de Senator.

ILLATIO XXV.

De emancipato nepote apud patrem adoptatum concepto.

VIcesimoquintò ex eodem Principio fit quod subiungitur ex Pomponio in *l.sed etiam 24.eod.tit. De adopt.* Etiam nepotem ex filio qui apud patrem adoptatum conceptus & natus sit per emancipationẽ iura omniã perdere. Eadem prosus ratione quam nos in pręcedẽte illatione vsurpauimus, Nisi quòd in persona huius nepotis maior quędã ratio dubitãdi esse videbatur quod & innuit dictio illa *etiam* posita in principio legis. Cur verò maior ratio

L.etiam 24. D. hoc tit.

dubitandi in hoc nepote? Nempe quia cùm esset ille conceptus & natus in familia & potestate aui adoptiui videbatur, non tantùm ciuilis, sed etiam naturalis iuris vinculo cum auo esse coniunctus, ac proinde sublato per emancipationem vinculo ciuili superesse naturale: Vt dici solet cùm filius naturalis & legitimus à patre emancipatur, Sed non ita est. Nam hic nepos licèt in aui familia natus sit, nulla tamen alio iure quàm per adoptionem ei coniungitur, cùm non nisi per patrem coniungatur, qui pater ipse adoptiuus tãtùm est, nec fieri potest, vt ex aliquo descendentes plus iuris habeant quàm ille ex quo descendunt, quod vulgo probari & rectè solet ex *l. si viua matre* 3. *C. de bon. mater.* sed, non meliùs aut apertiùs quàm ex hoc loco.

l. si viua matre 3. *C. de matern.*

ILLATIO XXVI.

De non cogendo patre adoptiuo vt filium adoptiuum emancipet.

VIcesimosextò ex eodem Principio fit, vt filius adoptiuus non magis cogere possit patrem adoptiuum vt se emancipet, quàm filius naturalis & legitimus patrem legitimum simul & naturalẽ *l. non potest filius* 31. *D. hoc tit.* scilicèt cùm ęquè filiusfamilias sit & in potestate patris adoptiui, acsi ex iustis nuptiis quæsitus esset. Ius autem patriæ potestatis inæstimabile quidpiã est, quod nec alio quidem rogante amittere pater cogitur, Multò minùs ergo filio cogẽte, aut potiùs cogere volente *l. filiusfamilias* 114. *§. sed si liberos De legat.* 1. Excipiendus tamen casus ille est, quo adrogatus sit impubes, qui postea pubes factus emancipari desideret. Audiendus enim est, sed tamen causa cognita, vt suprà diximus *illat.* 11. *ad fin. ex l. nonnunquam* 32. *& seq. hoc tit.*

l. non potest filius 31. *D. hoc tit.*

l. nonnunquam 32. *& seq. eod.*

ILLATIO XXVII.

De permittenda vitrico eidémque tutori adoptione priuigni sui.

VIcesimoseptimò ex eodem Principio fit, vt priuignum suum, id est vxoris filium vitrico eidémque tutori adoptare permittatur, vt ab Imp. Tito Antonino rescriptum fuisse Papinianus refert in *dict. l. nonnumquam* 32. *§.* 1. *hoc tit.* Cùm enim ex ea quam vxorem habet naturales & legitimos liberos sperare possit, cur non & illum adrogare qui ex ipsa sit susceptus? At dubitatio maior ex eo nasci videbatur quòd hic qui adoptabat nõ tantùm vitricus esset, sed etiã tutor priuigni sui. Difficilius enim est, vt ei adrogare permittatur, qui tutelam vel curam alicuius administrauit, si minor annis vigintiquinque sit qui adrogatur, ne fortè ideo eum adroget ne rationes reddat *l. nec ei* 17. *eod. tit.* Sed tamen non potest res facere, vt absolutè ac simpliciter huiusmodi adrogatio debeat inhiberi: Cùm possit is qui adrogare vult, ante omnia ducere tutelam à se bene administratam séque priuigni sui creditorem esse potiùs quàm debitorem: quo casu nihil sanè superest quod impediat adrogationem, præsertim si ex aliis argumentis constare possit iusta aliqua & probabili de causa moueri tutorem hunc vt priuignum suum potiùs quàm alium erga quem minorem habeat adfectionem, velit adrogare: Ne aliter posito iure eueniat, vt quod pupillorum fauore cõstitutum est in eorum perniciem retorqueatur, quod esse num-

d. l. nonnumquam §. 1.

l. nec ei 17. *eod.*

numquam debet *l.pen.C.ad SC.Trebell.l.nulla* 25. *De legib.* Planè si priuignus hic pubes factus probauerit expedire sibi non redigi in tutoris potestatem, æquum erit audiri eum, & à patre suo adoptiuo emãcipari, atque ita pristinum ius suum recuperare vt ex Marciano subiungitur in *l. & si pubes* 33. *De adopt.* Denique sicut plena causæ cognitio adhibetur in adrogatione impuberis cuiuslibet siue permittenda siue dissoluenda, ita & in hoc potissimùm ea causæ cognitio versari debet, vt ex adrogati vtilitate omnia æstimentur. *L. etsi pubes 33. eod.*

ILLATIO XXVIII.

De patre qui filium ex quo nepotem in potestate habebat emancipauit, eundémque postea adoptauit.

VIcesimooctauò ex eodem Principio fit, vt si pater filium, ex quo nepos illi est in potestate, emancipauerit, & postea eum adoptauerit mortuo eo nepos in patris potestatem non reuertatur *l. si pater filium* 41. *hoc tit.* *L. si pater filium 41. eo.* vbi addit Modestinus, Nec eum nepotem in patris potestatem reuerti, quem auus retinuerit filio dato in adoptionem, quem denuo redadoptauit. Quia in filio siue adoptato, siue redadoptato nihil intuetur ius ciuile nisi quod sit filiusfamilias per adoptionem, Et consequenter eum qui ex huiusmodi filio antequam emanciparetur, fuit naturalis & legitimus nepos, non magis habere potest pro nepote ex eo filio adoptiuo quàm si ex alio natus fuisset, quia & is filius alius est cùm & extraneus semel factus sit per emancipationem, & adoptione secuta nouus filiusfamilias effectus, ex eo iure ex quo talis numquam fuerat, quamuis reuera, & naturaliter maneat idem ille qui fuerat filius naturalis & legitimus ante emancipationem. Patria autem potestas non iuris naturalis est, sed tota iuris ciuilis, vt suprà diximus ad *tit. De patr. potest.* Non ergo fieri potest vt nepos de quo agimus, auo mortuo recidat in potestatem patris sui naturalis qui iure ciuili desierit haberi pro eius patre ex die emancipationis. Nec enim sicut adoptio superueniens facit filium ciuilem & legitimum eius ipsius cuius fuerat antea & naturalis & legitimus, Ita & facit eum patrem illius cuius antea fuerat naturalis & ligitimus pater. Siquidem nemo ex eo solo quod filiusfamilias sit, pater etiam hoc ipso factus videri potest. Et hoc fortasse est propter quod Papin. in *l. filio* 23. *De liber. & post.* non est ausus scribere generaliter & indistinctè, In omni iuris parte sic obseruari vt veri patris filius adoptiuus numquam intelligatur, sed addita dictione *ferè*, quæ si addita non esset, sanè Papiniani locus ille cum hac Modestini sententia omnino pugnaret. *L. filio 23. De liber. & post.*

ILLATIO XXIX.

De transferendis in patrem adoptiuum oneribus adoptati.

VIcesimononò ex eodem Principio fit vt onera eius qui in adoptionem datus est ad patrem adoptiuum transferantur *l. penult. D. hoc tit.* Nam cùm onera totius familiæ non ad alium quàm ad patremfamilias spectare possint *l. si is qui* 56. *§. post mortem D. de iur. dot. l. penult.* D. *de agnosc. & alend. liber.* ius autem ciuile non magis quàm natura duos eiusdem personæ patres vt possit agnoscere: Consequens est vt onera filiifamilias adoptiui non ad patrem naturalem pertinere debeant, in cuius familia amplius non sit, quique *L. pen. D. hoc tit.*

ob eam causam nec amplius patrem illum habere intelligatur, sed ad patrem adoptiuum transferantur quem solum ius ciuile agnoscit pro patre, Sed hoc ex iuris quidem veteris ratione verè dicitur, At non ex Iustiniani constitutione in *l.pen.*C.*hoc tit.*quæ induxit vt per adoptionem non dissoluantur iura patris naturalis,nisi eo casu quo adoptio fiat per auum naturalem. Etsi videtur ea constitutio ad causam successionis pertinere,potiùs quàm adeò generaliter accipi debere,vt hodie filius adoptiuus patri suo naturali sit oneri, potiùs quàm adoptiuo. Alioqui vix esset vt cuiusquā momēti adoptio esse videretur.

L.pen.C.eo.

ILLATIO XXX.

De liberis naturalibus in seruitute susceptis non adoptandis nisi ex Principis rescripto.

TRigesimò ex eodem Principio fit,vt liberi naturales,id est in seruitute suscepti non possint adoptari & in patriam potestatem redigi etiam volentes nisi ex rescripto Principis *l.vlt.D. hoc tit.* quia in hoc comparatæ sunt adoptiones vt filiosfamilias faciant eos,qui si ex patre adoptiuo nati essent, filijfamilias naturales essent, id est vt suppleant vicem naturæ, non vt naturam vel corrigant vel adiuuent,denique vt efficiant legitimos tantùm, non legitimos & naturales simul,quos sola natura auxilio iustarum nuptiarum concurrente facere potest. In cóque mirum non est minùs iuris habere illum qui si non contra,saltem extra leges natus est,quàm si alterius patris filius & naturalis & legitimus esset,cùm faciliùs accommodandum sit auxilium legis ei qui iam legitimus est quàm illi qui necdum legitimus est, nec natiuitatis suæ tempore naturalis quidem fuit. Hoc enim addere lubet , vt intelligamus illationem hanc ad eos tantùm pertinere qui ex contubernio nati sunt , quandoquidem illorum quos hodie naturales appellamus,id est qui ex concubina vel alio coitu illicito suscepti sunt,nomen quoque ipsum legibus romanis fuit incognitum ante tempora Constantini,vt diximus ad *Princip.2.De nupt.illat.1.ex Iustiniano in Nouell.*89.*quib.mod.natur.effic.sui.*Qui verò in seruitute nati essent, licèt benignitate digni viderentur,tanquam ita nati ex necessitate propter iuris ciuilis prohibitionem quæ inter alios quàm ciues romanos nuptias contrahi non patitur,perinde tamen erant sine patre acsi vulgo quæsiti essent *l.3. C.solut. matrim.*neque priùs naturalium liberorum nomen habebant,quàm & ipsi & ipsorum parentes essent manumissi, Vt supradicto loco à nobis ostensum est.Quis ergo miretur rescripto Principis opus fuisse ad faciendum vt legitimum patrem habere posset is,qui natus fuisset sine patre? Alioqui videretur lex plus facere quàm natura ipsa facere potuisset, quæ nec naturalem patrem ab initio vllum dedisset.Idcirco autem in illatione adieci verba illa *etiam volentes* quia certum est inuitos filios naturales in patriam potestatem redigi nō posse *l.vlt.*D.*de his qui sui vel alien.iur.sunt*, sicut nec alios vllos qui sui iuris sint,Ne quidem ex Principis rescripto *arg.l.4.C.de emancip. liber.* Alioquin traheretur Principis beneficium ad alterius iniuriam contra *l. ex facto 43. De vulg.& pupill.subst.l.impuberi* 40.D.*de admin.tutor.l.cùm filiusfamilias* 28.*D.de test.arp.milit.*siquidem fieri nequit vti ne minuatur ius illius qui in alienam familiam transeundo si antea fuit paterfamilias, haud dubiè capite minuitur *tot. tit.De capit.minut.*

L.vlt.D. hoc tit.

L.3.C.solut. matrim.

L.vlt.D.de his qui sui vel alien. iur.sunt.

ILL.

ILLAT. XXXI.

De non permittenda fœminis adoptione.

TRigesimoprimò ex eodem Principio fit, vt fœminæ adoptare non possint, id est ne quidem per adrogationem, quia nec proprios filios suos habent in potestate *l. mulierem* 5. *C. hoc tit.* §. *fœmina Instit. eod.* Vnde est quod nec fœminæ habent suos heredes *l.* 4. §. *ad testamenta* D. *de bonor. poss. contr. tabul.* quia suus heres esse non potest qui non sit in potestate *l. scripto* 7. *D. vnd. liber.* Ex rescripto tamen Principis adrogatio ista permitti interdum potest ex iusta causa, puta in solatium amissorum liberorum, vt scriptum est in *d. l. mulierem*. Itaque satis aptè illatio hæc congruit cum præcedente. Iunge *l. si is* 8. *C. de long. temp. præscript. l. si suspecta* 29. §. *quoniam* D. *de inoff. testam.*

l. mulierem 5. C. hoc tit. §. fœmina Inst. eod.

L. si is 8. C. de long. tempor. præscr. l. si suspecta 29. § quoniã D. de inoff.

ILLATIO XXXII.

De seruo per dominum suum adoptato.

TRigesimosecundò ex eodem Principio fit quod Catonis primùm autoritate inductum fuisse refert Iustin. in §. *vlt. hoc tit.* vt si quis seruus à domino suo adoptatus sit hoc ipso liber fiat, Quia cùm per huiusmodi adoptionem fiat filiusfamilias, in necessarium antecedens fit etiam liber, siquidem filiusfamilias esse nemo potest qui non sit & liber & ciuis romanus. Dubitari tamen poterat an ob eam rationem impediri potiùs adoptio videretur, quasi in eum collata qui eorum omnium sit incapax quæ sunt iuris ciuilis. Sed fauor & libertatis & adoptionis contrariam sententiam extorsit, iuncta præsertim Catonis autoritate. Cuius exemplo constituit etiam Iustin. in *l. vnic.* §. *similique* 10. *C. de latin. lib. toll.* vt varijs ex coniecturis libertas tacitè data intelligatur, inter cæteras verò coniecturas illa sufficiat si quis seruum suum inter acta filium nominauerit. Sufficiat inquam non ad dandum ei ius filij sed ad dandam libertatem vt idem Iustin. explicat in *d.* §. *vlt. hoc tit.*

§. vlt. hoc tit.

l. vnic. § similique 10. C. de latin. libert. tolle.

PRINCIPIVM II.

De iure agnationis non sanguinis per adoptionem acquirendo.

ADoptio non ius sanguinis tribuit sed tantum ius agnationis. *l. qui in adoptionem* 23. D. *hoc tit.* quia cùm adoptio sit actus legis, vt in sequentibus dicemus non naturæ, fieri non potest vt ea tribuat quæ sunt naturæ, non iuris. Atqui iura sanguinis sunt à natura non à iure ciuili, non à lege. Vnde est quod nullo iure ciuili dirimi possunt *l. iura sanguinis* 6. *De regul. iur.* Ex ea scilicet regula quæ vult illa quæ sunt naturalia esse immutabilia §. *vlt. Instit. de iur. natur. gent. & ciuil.* Nec igitur per actum legitimum transferri in alium possunt. Translatio siquidem & acquisitio iurium sanguinis in familia adoptiua præsupponeret eorundem amissionem in familia pristini patris naturalis. Alioqui idem filiusfamilias duorum patrum naturalis filius esse intelligeretur, quod per rerum naturam fieri nullomodo potest. Idque est quod Principio

l. qui in adoptionem 23. D. hoc tit.

l. iura sanguinis 6. De reg. iur.

superiore diximus,eum qui adoptatur non filium simpliciter & absolutè dici posse,sed filiumfamilias,vt intelligamus legitimum duntaxat filium effici non naturalem,cùm filij nomen naturale sit,filijsfamilias verò ciuile. *l. tutelas* 7.D. *de capit.minut.*

ILLATIO I.

De iure cognationis non quærendo per adoptionem nisi quod sit vnitum cum agnatione.

d.l.qui in adoptioně. Cognationis nomen duplicem habet significationem.

EX hoc Principio illud primùm fit quod Paulus scribit in *d.l. qui adoptionem*, Vt qui datur in adoptionem his duntaxat,quibus agnascitur cognatus fiat,quibus verò non agnascitur,nec fiat cognatus. Nempe quia cùm cognationis nomen duplicem habeat significationem , Vnam generalem quæ tam agnationem quàm cognationem specialem complectitur , Alteram specialem,quæ cognatos ab agnatis distinguit,hoc est eos qui per fœminas coniuncti sunt ab iis qui per masculos:Euenit vt per adoptionem ea quidem cognatio contrahatur,quæ agnationem facit,at non etiam illa, quæ ab agnatione distinguitur.Est enim agnationis nomen ciuile ac legitimum,id est ex lege 12. tabularum *d.l.tutelas*,& consequenter ipsum quoque nomen cognationis ex qua parte agnationem complectitur. At ex qua parte significat coniunctionem illam naturalem quæ solo naturæ non etiam legis vinculo continetur nomen naturale est non ciuile.*l.4.§.cognationis l. Iurisconsultus* 10. *§. cognati* 2. *& seq.D.de gradib.& adfin.*Sicut enim natura nescit distinctionem illam agnatorũ & cognatorum quia non minùs pro cognatis habet eos qui per fœminas quàm qui per masculos coniunguntur:Ita nec ius ciuile alios cognatos nouit quàm qui sint agnati,id est qui per masculos in eadem familia positos coniuncti sunt,propterea quod nihil nisi familiam intuetur,omnésque leges suas refert ad conseruationem & amplificationem familiarum , Vtpote ex quibus ipsa quoque reipublicæ dignitas & amplitudo æstimanda sit. Proinde si quis quærat an cognatio per adoptionem contrahatur, apparet non posse responderi sine distinctione.Contrahitur enim cognatio illa quæ etiam agnatio est, at non illa quæ agnatio non est,vt apertiùs tractat Vlpianus in *l.* 1. *§. cognationem* D. *vnd. cogn.* vbi addit ex hoc euenire vt is qui in adoptionem datus est tam in familia naturalis patris iura cognationis retineat,quàm in familia adoptiua nanciscatur,sed cum hac tamen differentia,quòd eorum tantùm cognationem in adoptiua familia nanciscetur,quibus fit agnatus , in naturali autem omnium retinebit,Quod ipsum tamen non sic accipiendum est,quasi eodem modo cognationes in familia naturali post adoptionem retineantur quo ante adoptionem habebantur , sed ita , vt quos hic filius adoptiuus antea in familia naturali cognatos agnatósque simul habebat , agnatos habere desinat , sed tamen retineat tanquam cognatos , Non quòd incipiant coniuncti esse per fœminas,qui ante adoptionem per masculos coniuncti fuerunt,sed quia desinit ille esse in ea familia ex qua ius agnationis æstimabatur,nec tamen desiit per naturam coniunctus esse iis quibus aliquando coniunctus fuit. Alioqui sanè non magis fieri potest vt qui in adoptionem datus est eodem iure cognatos omnes retineat quos antè habebat in familia patris naturalis,id est agnatos quoque iure agnatorum,quàm vt eodem tempore in duabus

Agnationis nomen ciuile ac legitimum est. Cognationis verò naturale.

L.1.§.cognationem D. vnd.cogna.

Cognatio pro agnatio-

duabus familiis sit, aut esse intelligatur. Sic & interdum cognationem dicunt Iureconsulti pro agnatione vt in *d.l.4.§.sciendum D.de gradib.* iunct. *l.2.* & *l.4.D.vnd.cognat.* Et agnationes legitimas quæ agnatorum ius haberent *l.si qua mihi 12.§.vlt.D.de rit.nupt.* *ne, Et cognationes legitima qua agnatorum ius habent.*

EX eodem Principio fiunt cætera quoque ferè omnia quæ illata sunt à nobis ex Principio præcedente. Nec malè ad hoc quoque Principium accommodari possunt, adeò sunt illa inter se connexa.

PRINCIPIVM III.

De natura imagine ac similitudine qua in adoptione est.

ADoptio naturam imitatur, & natura imago ac similitudo quadam est *§. minorem Instit.hoc tit.* Et ita definit in adoptionem Caius quoque in suis Institutionibus *tit. De adopt.in princip.* in hæc verba, *Adoptio*, inquit, *natura similitudo est, vt aliquis filium habere possit quem non generauerit.* Imaginem verò dixit Papin. in *l.filio 23.D.de liber. & post.* Idque ius non lege aliqua speciali & scripta, sed tacito populi consensu inductum, postea verò à prudentibus confirmatum fuit vt Iustin. & Theophilus referunt in *tit. De adquisit. per adrogat.* Propter eam nimirum rationem quam ad *Princip.1.* attulimus, quòd ad reipublicæ conseruationem & amplificationem id maximè pertinere visum sit, vt priuatorum familiæ & conseruarentur & augerentur, quod nisi per liberos fieri non potest. *§. minorem hoc tit.* *L.filio 23.D. de liber. & post.*

ILLATIO I.

De personis in quibus adoptio locum habere potest.

EX hoc Principio illud primum fit, vt adoptio non in alijs personis locum habeat, quàm in quibus etiam natura locum habere potest, vt ex Iauoleno scriptum est in *l.adoptio 16.eod.* *L.adoptio 16.D.hoc tit.*

ILLATIO II.

De personis, qua adoptare non possunt.

SEcundò ex eodem Principio fit vt minor natu maiorem adoptare non possit, *d.l si paterfamilias 15.§.vlt.l.adrogato 40.§.1.eod.* Pro monstro enim est vt filius maior sit patre, quemadmodum tractat Iustin.in *d.§.minorem.* quāquam debuit potiùs dicere id fieri nullomodo posse ne quidem per monstri & prodigij speciem, quàm pro monstro illud esse. Mirum tamen videri possit quod ibidem Iustinianus addit, eum qui sibi filium per adoptionem vel adrogationem facit plena pubertate, id est decem & octo annis præcedere filium debere. Cur non enim sufficit eum qui adoptat annis quatuordecim maiorem esse filio adoptiuo, cùm in ea ætate per rerum naturam liberos suspicere possit? Nam si verum est vt est quod dicimus adoptionem nihil aliud esse quàm imaginem quandam & similitudinem naturæ, cur non sufficit ad ineundam adoptionem tempus illud quod sufficeret naturaliter ad liberos procreandos? *L.si paterfamilias 15.§.vlt.l.adrogato 40.§.1.eod.* *§. minorem hoc tit.* *Cur nemini permittatur adoptare ante annum 18.*

Duplex tamen ratio videtur reddi posse: Vna, quòd non semper faciat natura vt anno ætatis decimoquarto vel decimoquinto generare quis possit, sed pro diuerso habitu corporis alij tardiùs, alij citiùs pubescant, quam ob causam nô deerant ex antiquis Iureconsultis qui pubertatem non ex certa ætate, sed ex corporis habitu & inspectione definiendam putarent. Post quorum sententiam publicæ honestatis causa explosam licèt ætas quatuordecim annorum completorum pubertati præfinita sit, non tamen statim consequens fit vt in ea ætate quilibet generare possit. Ergo vel ipso naturæ exemplo induci necesse fuit vt non tam citò, nec ante plenam pubertatem filium per adoptionem habuisse quis videretur, siquidem in eo plus potest adoptio, quàm matrimonium quòd filium certò & indubitatò facit, qui ex matrimonio cùm contrahitur, tantùm speratur. Atqui certum est saltem post plenam pubertatem esse quemlibet capacem generandi. Plena igitur pubertate maior esse debet qui adoptat eo qui adoptatur. Alia ratio esse potest, quoniam adoptio non sine consilio & iudicio fieri debet, cùm sit res tanti momenti siue priuatam familiæ, siue reipublicæ vtilitatem consideres: Vix autem est vt ante illam ætatem certum sit consilium & iudicium adoptantis. Nam & inde fit, vt ante eandem ætatem nô possit quis procurator fieri ad negotia minoris tractanda neque ex ea causa manumitti à minore annis viginti *l. si collactaneus* 13. D. *de manum. vind.* §. *iusta autem Instit. ex quib. caus. manum. non licet.* Quo exemplo fortassis defendi posset, vt decem & septem annis completis maiorem natu adoptatorem esse sufficeret, ad hoc vt plena pubertate maior esse videretur, sicut & in ea ætate potest procurator esse.

L. si collecta neus 13. D. de manum. vindict.

ILLATIO III.

De differentia castrati & spadonis in adoptando.

Tertiò ex eodem Principio fit vt castratus non possit adoptare quamuis spado possit, quia castrati impedimentum naturale & perpetuum est, spadonis verò temporale, & accidentale, vt scripsimus ad *Princip.* 1. *illat.* 6. *supr. eod. ex* §. *sed & illud Instit. hoc tit.* Quamuis extet Imperatoris Leonis constitutio *Nouell.* 26. quæ castratis quoque permisit ius adoptandi.

§. sed & illud hoc tit.

ILLATIO IV.

De adoptione ad tempus non facienda.

Qvartò ex eodem Principio fit, vt adoptio non possit fieri ad tempus *l. quæsitum* 34. D. *hoc tit.* vbi Paulus scribit, si tibi filius in adoptionem hac lege datus sit vt post triennium mihi eundem des in adoptionem nullam esse actionem. Nec enim, inquit, moribus nostris conuenit filium temporalem habere. Nempe quia nec natura hoc facere potest vt alicui filius sit temporalis. Solent enim perpetua esse, quæ causam naturalem habent *l. foramen* 28. *D. de seruit. vrban. præd.* Notandum autem est quod lex ait, *moribus nostris* ad id nimirum respiciens quod diximus ad *Princip.* 1. ius adoptionis moribus populi romani fuisse introductum.

L. quæsitum 34. D. hoc tit.

Solent esse perpetua, quæ causam habent naturalem.

ILL.

ILLATIO V.

De adoptione non facienda sub condicione.

QVintò ex eodem Principio fit, vt neque sub condicione possit fieri adoptio, quia naturæ quoque proprium hoc ius est, vt nihil vnquam faciat sub condicione, liberos verò multò minùs. Naturaliter enim fieri quid, nihil aliud est quàm fieri reuera, Sub cōdicione verò fieri è contrario nihil aliud est quàm interim nō fieri, siquidem condicio quælibet suspendit actum, *l.1.in fi.l. qui balneum* 9.*l.potior* 11.D.*qui potior.in pignor.hab.l.generaliter* 29.§.1.*D. qui & à quib.manum.* Et si potest hæc illatio aliam quoque videri rationem habere, illam nimirum quòd adoptio sit actus legitimus, vt vulgo creditur, actus autem legitimi, neque diem recipiant, neque condicionem *l.actus legitimi* 77. *De reg. iur.* Sed nos non probamus, & adoptionem legitimum actum esse negamus. De quo dicemus *Princip.seq.*

Natura nihil vnquā facit sub cōdicione.

ILLATIO VI.

De adoptione facta non habente vxorem.

SExtò ex eodem Principio fit vt etiam qui vxores non habent filios adoptare possint *l.& qui vxores* 30.D.*hoc tit.* itémque vt is qui filium nullum habet, possit in locum nepotis quasi ex filio adoptare *l.adoptiones* 43 *eod.* Scilicet quia nullum impedimentum est quominus per rerum naturam possint isti & alij si qui similes sunt, liberos sperare.

L.& qui vxores 30. *l.adoptiones* 43.*D.hoc tit.*

Possunt denique ad hoc etiam Principium accommodari multæ illationes ex iis quas attulimus ad *Princip.1.supr.hoc tit.*

PRINCIPIVM IIII.

Adoptionem, legis actionem esse.

ADoptio legis actio est *l.magistratum* 4.D.*hoc tit.l.3.D.de offic.proconf.* Lex enim sola illa est quæ adoptionem facit, & quæ patri adoptanti dat filium, ac filio adoptiuo patrem adoptiuum licèt in eam rem requirat factum hominis & voluntatem vtriusque, id est tam adoptantis quàm eius qui adoptatur: In quo differt adoptio à matrimonio. Etsi enim matrimonium quoque iustum, id est legis autoritate confirmatum esse oportet, matrimonium tamen non legis sed naturæ & hominis actio est, quia tale factum interuenit ex quo etiam sine lege aliquis effectus sequi posset, id est coniunctio maris & fœminæ. Ex qua coniunctione nullis quoque legibus proditis non minùs liberos suscipere possent homines, quàm bruta animantia quæ nullis nisi naturæ legibus reguntur. At quid commune habet voluntas sola habendi liberos quantumuis iuncta cum sollennitatibus iuris, ad eum effectum consequendum vt hoc ipso liberi acquirantur, si potestas legis ea non esset quæ & patrem faceret, & liberos? Et ex hoc quoque inferri posse videntur actus legitimos differre ab actionibus legis. Quasi actus legitimi, nō legis sed hominū actiones sint, quãuis secūdū leges, & quæ legū autoritatē requirãt: Cuiusmodi est aditio hereditatis, mācipatio, optio, & similes de quibus in *l.actus legitimi* 77.*De reg.iur.* In his

L.magistratum 4.D.hoc tit.l.3.D.de offic. proconf.

Differentia adoptionis, & matrimonij.

L. actus legitimi 77. de reg.iur.

enim omnibus factum hominis versatur magis quàm potestas legis: nec tam sunt illa iuris nomina quàm facti. At adoptio nomen iuris est, soláque lex est quæ & patrem facit & liberos dummodò accedat voluntas & eius qui adoptat, & eius qui adoptatur. De quo tamen & nos iam aliquid scripsimus & quia maxima est inter magnos ætatis nostræ Iureconsultos contentio, erit alibi fortasse copiosiùs differendum.

ILLATIO I.

De adoptione non apud alios magistratus facienda, quàm apud quos legis actio est.

L.1.C.hoc tit.d.l.4.D. eod.

EX hoc Principio illud primùm fit, vt apud eos demum magistratus fieri adoptio possit, apud quos est legis actio *l.1.C.hoc tit. d. l. magistratum* 4. D.*eod.* vbi scribit Modestinus, quod magis est, magistratum ipsum apud quem legis actio est posse apud se liberos suos & emancipare & in adoptionem dare, Quemadmodum è conuerso scribit Paulus in lege præcedenti, Si consul vel præses filiusfamilias sit posse eum apud semetipsum vel emancipari vel in adoptionem dari: quia hoc casu præsentia requiritur magistratus apud quem legis actio est, non vt magistratus quicquam faciat, sed vt appareat legis esse actionem. Quò etiam pertinet quod idem Paulus ait in *l.apud filium familias* 18. *de manum. vindict.* apud filiumfamilias magistratum manumitti posse etiamsi filiusfamilias ipse manumittere non possit.

l.apud filiũfamilias 18. D de manumiss. vind.

ILLATIO II.

De adoptione & manumissione facta apud legatum proconsulis.

SEcundò ex eodem Principio fit vt apud legatum Proconsulis nemo possit adoptare, quia omnino non id est nullomodo est apud eum legis actio, inquit Vlpianus in *d.l.*3. *De offic.procons.* Licèt si quæratur an apud eundem legatum possit manumissio fieri distinguendum sit an talem iurisdictionem ille sibi adroget suo nomine an nomine Proconsulis. Priore casu non potest, quia non habet legatus suo nomine iurisdictionem talem. Posteriore verò casu id est alieno nomine scilicet Proconsulis à quo mandatum habeat iurisdictionem, potest, vt scribit Paulus in *l.apud Proconsulem* 17. D. *de manum. vindict.* Sic enim locos illos conciliare malo, quàm cum Cuiacio malè addere negationem ad Paulum in *d.l.*17. Separo autem adoptionem à manumissione quia manumissio non legis actio est sed hominis. Adoptio verò non tam hominis quàm legis. Ob idque opponitur naturæ, & liberi quos adoptio facit opponũtur liberis quos natura dat in *l.1.D.hoc tit.* cùm tamen vtroque casu id est in suscipiendis liberis tam per matrimonium quàm per adoptionem factum hominis interuenire necesse sit, legisque autoritatem ad confirmandum id, quod homo facit. Sed differentia illa est, quod matrimonium est actio naturæ quantumuis iusta & legitima quoque sit, Adoptio verò actio legis, hoc est per legem non solùm confirmata vt matrimonium, vt manumissio, aliique actus omnes quos legitimos appellamus, sed etiam inducta, & in qua lex eget quidem facto aliquo hominis ad procreandos liberos adoptiuos, sicut & natura ad procreãdos naturales sed tanquam instrumento, quemadmodum artifex suis instrumẽtis. Cæterùm sicut in matrimoniis natura, ita & in adoptionibus lex ipsa est artifex

L.3.D.de offi.procons.

L.apud Proconsulem 17. D. de man. vindict.

L.1.D.hoc tit.

artifex liberorum non homo. At non similiter possis dicere in manumissione legem esse artificem libertatis,& manumissionem esse legis actionem,cùm ex iure gentium sint manumissiones non ex lege ciuili *l. 4. & 5. De instit. & iur.* quãuis lex ciuilis certas manumissioni sollẽnitates dederit,quas apud cæteros populos manumissio non habet. Vnde est quod si quando lex det libertatem sine nulla manumissione,Vt in casibus de quibus in *tit. Qui sine manum. ad liber.peruen.*dicatur supplere factum hominis & illud repræsentare, vt loquitur *l.vlt.C.si manci.ita fuer.alien.*quod in adoptione nõ similiter contingit,in qua nimirum lex nõ hominis factum repræsentat,quod interuenire necesse est, sed naturæ quæ nulla ex parte concurrit,Siquidem factum hominis quod ad faciẽdam adoptionem interuenire debere diximus tale non est quale natura exigeret ad liberos procreandos.Consistit enim totum in verbis, aliisque sollennitatibus non nisi ad voluntatis declarationem pertinentibus.

De differentia adoptionis & manumissionis. L.4.& 5.D. *de inst. & iur.*

L. vlt.C.si mancip. ita fuer.alien.

ILLATIO III.

De absente aut dissentiente non adrogando.

TErtiò ex eodem Principio fit,vt neque absens,neque dissentiens adrogari possit *l.neque absens 24.D.hoc tit.*Cùm enim adoptio omnis, id est tam quæ imperio populi olim nunc Principis,quàm quæ autoritate magistratus fit legis actio sit,suas habet sollennitates quas lex ei dedit.Quæ porrò adrogationem non aliter fieri patitur,quàm per interpositam, duplicémque interrogationem, vt Caius scribit in *l.2.D.hoc tit.* vbi ait inde dictam adrogationem quod & is qui adoptat rogatur,id est inquit, interrogatur an velit eum quem adoptaturus est iustum sibi filium esse,& is qui adoptatur,rogatur quoque & interrogatur,an id fieri patiatur.Qui porrò absens est rogari non potest,Vnde fit vt neque inter absentes stipulatio contrahi possit,quia nimirum contrahitur per interrogationem *l.1.D.de verb.oblig.l.1.C.de contr.& commit.stipul.* Qui verò præsens est licèt rogari possit, si tamen dissentiat, non potest adrogari cùm non aliam ob causam rogetur,nisi vt sciatur an pati velit, non patitur autem qui rogatus expressim dissentit.Alia species adoptionis quæ fit autoritate magistratus,id est per quam filiusfamilias datur à patre in adoptionem,habet quoque suas,sed alias sollennitates.Solebat namque olim fieri per tres emancipationes & duas manumissiones in filiis, aut per vnam emancipationẽ in cæteris liberis,vt Iustin.refert in *l.vlt.C. hoc tit.* vbi tamen ius istud vetus corrigens constituit, vt liceat parenti qui liberos in potestate sua constitutos in adoptionem dare desiderat,sine vetere obseruatione emãcipationũ & manumissionum hoc ipsum actis interuenientibus apud competentẽ iudicẽ manifestare præsente illo qui adoptatur,& non contradicente,necnon illo qui eũ adoptat.Quę constitutio veteres quidem illas sollennitates,vt apparet,sustulit. Sed nõ ideò fecit,vt hodie adoptio non sit actus sollennis,cùm in vicem veterum sollẽnitatum illa hodie inducta sit,vt acta interuenire oporteat cum pręsentia & consensu trium personarũ eius qui dat in adoptionẽ,eius qui datur,& eius qui accipit,itémque apud iudicẽ cõpetẽtẽ,id est apud quẽ,vt olim,sit plena legis actio vt loquitur *l.1.eo.*Nec enim hodie minùs quàm olim adoptio legis actio est,cùm neq; naturæ,neq; hominis actio dici possit.In quo errare video plerosque putantes post sublatam priscam illam sollennitatem,non posse

L. neque absens 24. D. hoc tit.

L. 2. D. hoc tit.

Sollennitas adrogationis.

Sollennitas simplicis adoptionis. L.vlt.C.hoc tit.

L.1.C. eod.

amplius adoptionem dici actum legitimum,indéque fieri,vt inter actus legitimos non enumeretur in *d.l.actus legitimi* 77.*De reg.iur.* Ideò enim nō enumeratur,quia legitimus actus,neque est,neq; vnquā fuit, sed legis actio quod longè plus est,Sicut & emācipatio,quæ nec inter alios actus legitimos recēsetur quāuis mācipatio censeatur,per quā fiebat emācipatio.Nempe quia emācipationem cùm dicimus actionem illā intelligimus non per quam filius mācipetur,id est alienetur , sed per quam exeat de patria potestate , quod non nisi per legis actionem fieri potest,cùm ius ipsum patriæ potestatis quod per emācipationem dissoluendum est,sit à lege ciuili quamuis non scripta, non autem vel ab homine,vel à natura,quod in manumissionibus diuersum est , quæ sunt iuris gētiū sicut & seruitutes & potestas dominorū in seruos *§.1.sup.De his qui sui vel alien iur.sunt.*Itaque errant etiā qui putant emancipationē exēplo manumissionis esse actum legitimum:Et illi quoque errarent,qui dicerent sublatis hodie veteribus emancipationis sollennitatibus desiisse emancipationem esse actionem legis & sollennem & quæ fieri possit apud alium quàm competentem iudicem,id est apud quem plena sit legis actio. Repugnat enim *l. vlt. C.de emancip.liber.*in illis verbis *intrare competentis iudicis tribunal,vel eos adire magistratus quibus hoc facere , vel legibus,vel ex longa consuetudine permissum est.* Et sanè quis credat Iurisconsultum in enumerandis actibus legitimis qui non recipiunt diem neque condicionem prætermissurum fuisse adoptionem & emancipationem quibus nihil erat olim frequentius,nihil maioris momenti, si possent dici actus legitimi ? Nam quomodo potuit Papinianus respicere ad Iustiniani constitutionem post tot secula factam quæ sustulit antiquas sollēnitates? Aut si Papinianū à Triboniano hac in re violatum volumus cur facta est mentio mancipationis,quę amplius in vsu non est, aut adionis hereditaris,Cùm aditio esset olim illa quæ fieret per cretionum sollennitatem hodie sublatam per Theodosij constitutionem in *l.cretionum* 17.*C.de iur.delib.*

l.actus legitimi 77. De reg.iur.

L.vlt.C. de emancip.liber.

ILLATIO IV.

De patre naturali qui loqui non potest filium suum in adoptionem dante.

QVartò ex eodem Principio fit, quod Callistratus scribit in *l. si pater* 29. *D.hoc tit.* Si pater naturalis loqui quidem non possit , alio tamen modo quàm sermone manifestum facere possit velle se filium suum in adoptionem dare,confirmanda sit adoptio tanquam non iure facta,sed perinde tamen acsi iure facta esset,Nō enim potest videri iure facta quæ destituta est suis sollennitatibus inter quas vna illa olim fuit,quæ etiamnum superest,vt verbis opus esset ad declarandam voluntatem ex parte tam eius qui in adoptionem daret, quàm eius qui in adoptionem acciperet , non tamen ex parte eius qui in adoptionem daretur.Hunc enim sufficiebat olim & hodie sufficit non esse cōtradicentem *d l.vlt.C.hoc tit.l.etiam infantem* 42.*D. eod.* vbi hanc ob causam scriptum est etiam infantem in adoptionem dari posse,quod non similiter de adrogatione dici posset,quia adrogatum cùm sui iuris sit non sufficit non cōtradicere nisi etiam rogatus,id est interrogatus consentiat.Sicuti nec absens quis adoptare,neque adrogare,neque per alium eiusmodi sollennitatem peragere potest

L. si pater 29.D.hoc ti.

L.etiam infantem 42. eod.l.vlt.C. eod.

potest *l.post mortem* 25.§.*eod.*Ex eóque apparet etiam hodie sollennitatem aliquam in adoptionibus requiri,vt proximè dicebamus, quādoquidem post illam quoque Iustiniani constitutionem non minùs aptè possit quis eandem Callistrati sententiam vsurpare: Sicut & illud ipsum quod ab Imperatoribus rescriptum est in *l.adoptio* 4.*C.eod.*adoptionem non tabulis licèt per tabellionem conficiendis, sed sollenni iuris ordine apud præsidem solere copulari, supple, Vel apud alium magistratum apud quem sit plena legis actio ex *d. l.*1. *& vlt.eod.*Item quod in *l.adoptio* 38. D. *eod.* adoptionem non iure factam à Principe confirmari posse. *L.adoptio* 4. *C.eod.l. adoptio* 38. *D. eod.*

ILLATIO V.

De adoptione temporali.

QVintò ex eodem Principio fit quod Paulus scribit in *l.quæsitum* 34.*D.hoc tit.* nullam esse actionem si tibi filium meum in adoptionem dederim hac lege,vt eundem post triennium mihi des in adoptionem.Nec enim moribus nostris conuenit,vt inquit Paulus,temporalem filium habere.Sensus est adoptionem legis actionem esse, legem verò sicuti perpetua est ita licèt agat aliquando in tempore scilicet in iis in quibus factum & ministerium hominis requirit, nihil tamen vnquam facere ad tempus. Et verò absurdum esset tempus quod non est legitimus modus finiendæ obligationis ab homine contractæ *l. obligationum ferè* 44.§. *placet* D. *de obligat. & action.* haberi tamen legitimum modum finiendæ adoptionis quam non homo, sed lex ipsa fecerit. *L.quæsitum* 34.*D.eod.*

ILLAT. VI.

De dignitate per adoptionem augenda non minuenda.

SExtò ex eodem Principio fit vt per adoptionem dignitas non minuatur, sed augeatur, ita vt siue Senator, siue Senatoris filius sit is qui adoptatur à plebeio,nihilominus etiam post adoptionem remaneat Senator filiúsve Senatoris *l.per adoptionem* 35.*hoc tit.*Cùm enim adoptio nihil nisi legis actio sit,absurdum esset legem actione sua tollere quod ipsa dedisset,cuiusmodi sunt omnes quæ in republica sunt dignitates. Multò minùs igitur tollet legis actio id quod natura ipsa dederit. Itaque alienæ ciuitatis ciui in adoptionem rectè dato non mutatur patria,sed additur,ac propterea ius originis in bonorum ac munerum obsequio per adoptionem non minuitur, vt eleganter scriptum est in *l.in adoptionem* 7.*C.eod.*Cui non dissimiliter Papin.in *l.ordine* 15.§.*vl.*D.*ad municip.*Ius originis,inquit,in honoribus obeundis ac muneribus suscipiendis adoptione non mutatur, sed nouis quoque muneribus filius per adoptiuum patrem adstringitur. Legis siquidem actio omnis liberalitas, & beneficentia est.Ad beneficentiam verò & liberalitatem pertinet,vt det illa non vt adimat, quemadmodum non ineleganter Iustin. ait *Nouell.* 81. *Constit. quæ dignit. cap.* 2.*in fin.* *L. per adoptionem* 35. *D.hoc tit.* *L. in adoptionem* 7. *C.eod.* *L. ordine* 15. §. *vlt.D.ad municip.*

ILLATIO VII.

De loco faciendæ adoptionis.

SEptimò ex eodẽ Principio fit vt & adoptari & emãcipari filius à patre possit quocunque loco, id est non quidem apud quemlibet magistratum vel iudicem: vt hodie loquimur post Tribonianũ, sed in eo quoque loco in quo magistratus, apud quem legis actio est, nullam exerceat iurisdictionem, puta apud Proconsulem in illa etiam prouincia quam sortitus non sit *l. emancipari 36. in princip. & §. 1. D. hoc tit.* Lex enim cùm vbique imperet non eget hoc, vel illo loco ad actionem suam exercendam: Indiget dũtaxat præsentia & honore magistratus, vt eam actionem cum dignitate possit exercere. Nec mirum videri debet, quod in *d. §. 1.* manumissio cũ adoptione cõiungitur. Etsi enim ab adoptione in eo differt, quod manumissio, vt suprà diximus actus legitimus est, adoptio verò legis actio: in eo tamen conuenit quod quocumque loco fieri potest dummodo apud eũ, qui talem habeat iurisdictionem, id est vt apud eũ possit manumissio fieri *l. 2. in prin. §. 1. D. de offic. Procons.* Est enim tam manumissio quàm adoptio iurisdictionis, sed volũtariȩ non cõtentiosæ. Vnde fit vt etiam apud seipsum possit magistratus apud quem legis actio est, & emancipare liberos suos & in adoptionem dare *l. magistratum 4. D. hoc tit.*

L. emancipari 36. in prin. & §. 1. D. hoc tit.

L. 2. in prin & §. 1. D. de offic. Procon. l. magistratum 4. D. hoc tit.

ILLATIO VIII.

De adoptione quæ non iure facta sit, à Principe confirmanda.

OCtauò ex eodẽ Principio fit vt adoptiò non iure facta confirmari à Principe possit, vt ait Marcellus in *l. adoptio 38. hoc tit.* quia cùm sit actio legis, & Princeps sit supra leges, dubitari nequit, quin possit Princeps idipsum facere quod lex potest. Hactenus tamen interest an adoptio ritè ab initio facta sit, an à Principe cõfirmetur, quod cùm adoptio ritè fit, non est necessaria in eã rẽ autoritas eorum inter quos agnationis iura consequuntur *l. cùm adoptio 7. eo.* cùm verò adoptionis confirmatio fit à Principe, audiendi sunt ij quorum interest *l. nam ita 39 eod.* quia iniquum esset Principem lȩdere ius agnatorum, quos adoptio ipsa ab initio non lȩsisset, vt suprà diximus ad Princip. 1. *illat.* 21. *arg. l. nec vtilem* 20. D. *ex quib. caus. maior.*

L. adoptio 38. eod.

L. cùm adoptio 7. l. nam ita 39. eod.

ILLATIO IX.

De patre impugnante emancipationem filiæ non ritè à se factam.

NOnò ex eodem Principio fit quod Vlpianus scribit in *lege post mortem* 25. D. *hoc titu.* Post mortem filiȩ quæ vt materfamilias quasi iure emancipata vixerat, & testamento scriptis heredibus decesserat, patrem aduersus factum suum quasi non iure illam nec præsentibus testibus emancipasset, controuersiam mouere prohiberi. Non enim rationem illam hoc habet; quod vt vulgo creditum est, nemini liceat contra factum suum venire, sed quia cùm adoptio sit legis actio non est permittendum patri, vt post filiæ mortem non tam filiæ quàm legi illusisse videatur. Planè viua filia non prohibetur pater de emancipationis iure disputare *l. 2. C. si aduers. rem indicat.* dummodò tamen sciat incumbere sibi onus probandi

non

L. post mortem 25. D. eod.

L. 2. C. si aduers. rem iudic.

non ritè factam fuisse *l.ab ea parte* 5.§.1.*D.de proba.*licèt non minùs contra factum suum veniat qui viua filia quàm qui post eius mortem impugnat à se factam emancipationem. *L.ab ea parte 5.§.1. D. de probat.*

ILLATIO X.

De emancipatione illius qui etiam ex Principis beneficio fuerat adoptatus.

DEcimò ex eodem Principio fit vt eum quem quis licèt ex beneficio Principis adoptauit,postea emancipatione solleni à familia sua separare minimè prohibeatur *l.adoptatum* 9.*C.hoc tit.*Nã cùm emancipatio nõ minùs quàm adoptio legis actio sit,nihil vetat vnam actionem legis per aliam dissolui, vel ex ipsa iuris regula quę habet vnumquodque dissolui debere eodem iure quo est colligatum *l.nihil tam naturale* 35.*De regul.iur.l.prout* 80.*D.de solut.* *L. adoptatũ 9.C. hoc tit.*

ILLATIO XI.

De adoptionis commento.

VNdecimò ex eodem Principio fit,vt adoptionis commentum dixerit eleganter vt omnia solet Papin.noster in *l.fideicommissum* 76.*D.de condic. & demonstr.*vbi scribit fideicommissum ab aliquo relictum sub hac condicione *si sine liberis diem suum obierit* adoptionis commento non excludi, hoc est non ob id minùs deberi,quod ita grauatus liberos sibi per adoptionem quęsiuerit, An quòd liberi per adoptionem quæsiti non sint liberi? Minimè verò, cùm liberos & filiosfamilias non minùs adoptio faciat,quàm natura *l.*1. D.*hoc tit.*Sed quia quæsiti sunt per actionem legis non per actionẽ naturæ,ac proinde modò cõmentitio & fictitio magis quàm vero.Omnis enim legis actio fictio est,& commentum,sicut & omnia quæ iuris potestate inducuntur: licèt id quod ex illa legis actione fit,reuera subsistat,nec similiter fictitium & imaginarium dici possit. Nam & sic videmus hereditatem esse nomen iuris & fictionis non nisi iuris intellectũ habentis *l.hereditas* 50.*D.de hered.peti.*nec eo minùs tamen fieri per hereditatem, vt dominium rerum omnium hereditariarum sola legis potestate re vera nec tantùm fictitiè heredi acquiratur *§. vlt. Instit.de hered.qualit.& differ.*Sic & constituti clausula fictitius est modus trãsferendæ possessionis *l.quod meo* 18.D.*de acquir.pos.*eò tamen transfert procul dubio veram,& realem possessionẽ. Cur verò per huiusmodi liberos ex adoptione quæsitos fideicõmissi condicio non extinguatur,ratio illa est,quia non sit credibile de talibus liberis sensisse testatorem,sed de naturalibus tantùm,Siue quòd in condicionibus verba omnia naturaliter non ciuiliter sint accipienda *l.qui heredi* 44.*l.Mauius* 55.D.*eod.tit.De condict.& demonst.l.heredibus* 77.*§.vlt.*D.*ad SC.Trebell.l.seruus decem* 68.*D.de solut.*Siue quòd absurdum fuerit in potestatem debitoris conferri an debeat necne *l.*2.*§.*1.*D.de eo quod cert.loc.* & an fideicommissi cõdicionem velit extinguere *l.nec ei* 17.*D.hoc tit.*Esset autem in potestate illius à quo relictum fideicommissum fuisse ponimus, fideicommissarium eludere per commentum adoptionis, si adoptiuos liberos reliquisse sufficeret ad extinguendam huius fideicommissi condicionem.

L.fideicommissum 76. D. de cond. & demonst.

Hereditas est nomẽ, & commẽtum iuris.

Clausula cõstituti modus est fictitius transferẽdæ veræ possessionis.

Cur liberi adoptiui nõ extinguant condicionem fideicommissi relicti si sine liberis.

ILLATIO XII.

De adoptione facta per eum cui fuerat relictum in tempus liberorum.

L. si ita quis 51. §. vlt. de legat. 2.

DVodecimò & vltimò ex eodem Principio fit, vt is cui in tempus liberorũ aliquid relictum est, non possit adoptando consequi legatum *l. si ita quis 51. §. vlt. De legat. 2.* Non quòd adoptiui quoque liberi appellatione liberorum iure ciuili non contineatur, sed quia testamentorum verba naturaliter non ciuiliter accipi semper debeant, præsertim ad euitandum absurdum illud quod per contrariam interpretationem eueniret, si in potestatem legatarij conferretur vt ex casuali condicione faceret potestatiuam. Est enim in cuiusque potestate, vt adoptiuos liberos sibi quærat, non etiam vt naturales. Et ad hoc aliáque huiusmodi respiciens Iustinianus in *§. in plurimis* 8. *Instit. hoc ti.* scribit, in plurimis causis eum qui adoptatus, vel adrogatus est adsimilari ei qui ex legitimo matrimonio natus est, Vt intelligamus non adsimilari in omnibus causis, In iis scilicet in quibus rei veritate nõ fictione opus est. Quò etiam referri potest elegans illud Papiniani responsum in *l. filio 23. D. de liber. & post.* vbi scribit filio quem pater post emancipationem à se factam iterum adrogauit exheredationem antea scriptam nocere. Nam in omni ferè iuris parte, inquit, sic obseruari conuenit, vt veri patris adoptiuus filius numquam intelligatur, ne imagine adumbretur veritas naturæ: quasi non tam in alienam familiam translatus quod per adoptionem quamlibet aliàs fieri solet, quàm familiæ paternæ redditus videatur. Adeò, vt nec quicquam referre putet Papinianus quod ad propositum attinet an filij, an nepotis loco hunc filium exheredatum pater adrogauerit. Etsi enim referre solet an filij an verò nepotis iure quis censeatur, hîc tamen certum est eandem esse personam quæ antea in familia fuerat, & quam exheredauerat pater, qui licèt postea hunc ipsum filium emancipauerit deinde aut in filij, aut in nepotis locum adrogauerit, nõ potest tamen videri recessisse ab ea voluntate quam declarauerat in testamento cum quo tãdem decedere voluerit. Nec displicet quod ad eum locũ notat Bart. quando fictio & veritas tendunt ad vnum, fictionem non præualere veritati, sed veritatem fictioni: licet Papinianus totam rem hanc subtiliùs æstimare videatur, cùm negat posse dici filium hunc adoptiuum veri patris sui. Quasi nulla hîc fictio admitti, aut induci possit obstante veritate & potestate naturæ: Sicuti dicere solemus non posse in eadem persona directas actiones & vtiles, quæ non nisi fictitiæ sunt concurrere *l. si heres 70. D. ad SC. Treb.* nec rursus duas obligationes quarum vna maior sit, alia minor, quia semper maior tollit minorem *l. debitori 50. D. de fideiuss. l. si reus 13.* D. *de duob. reis.* Adiecit autem Papin. dictionem *ferè* ob ea quæ scripsimus ad Princ. 1. *illat. 28. in fin. sup. fin. hoc tit.*

§. in plurimis 8. hoc. ti.

L. filio 23. de liber. & post.

L. si heres 70. ad SC. Trebell.

L. debitori 50. D. de fideiuss. l. si reus 13. D. de duob. reis.

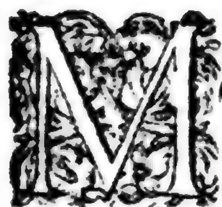
TIT.

TIT. XI.

Quib. mod. ius patr. potest. soluit.

PRINCIPIVM I.

De patria potestate qua soluitur morte.



ORTE patrisfamilias soluitur patria potestas, vt Iustin. initio huius tit. scribit, & aliis pene innumeris iuris locis cõprobari potest: Eleganter verò ex *l. mulier 22. vers. Brasidas D. ad SC. Trebell. l. si ita esset 15. D. quand. dies legat. vel fideic. ced.* Ratio autem Principij huius non obscura pendet ex eo quod vulgo iactari solet, Mortem soluere omnia: Nam si omnia, Ergo & patriam potestatem. Quænã enim possit esse potestas hominis mortui qui nec amplius sit homo? Cõstat siquidem fieri per mortem, vt nullus iã sit qui defunctus est, quãuis fuerit aliquãdo. Vnde & defuncti libertũ nullius libertũ dici adnotauimus ad *ti. De libertin.* Atqui tritũ est non entis nullas esse qualitates, nec posse patriam potestatem, aut quam aliam qualitatem vllam esse sine subiecto *l. si Titio 22. in princip. versic. qui autem in rerum natura d. tit. quand. dies legat. ced.* Inde est quod morte cætera quoque omnia perinde amittũtur, vtputa dominiũ quod viuentis fuit, Ita vt defuncto patrefamilias omnes illius res quas viuus in dominio suo habuerat, in nullius bonis esse dicãtur *l. 1. §. 1. D. de rer. diuis.* propter quã causam possent naturali iure & ratione fieri primi occupãtis, nisi lex huius periculi metu induxisset fictionẽ hereditatis ad repræsentãdã personã defuncti vt res hereditariæ nõ sine domino esse viderẽtur. *l. hereditas enim 34. l. hereditas in multis 61. D. de acq. rer. dom.* Multò magis possessio per mortẽ amittitur quæ tota facti est, aut saltẽ plurimùm facti habet *l. deniq. 19. ex quib. caus. maior.* siue à sedibus, siue à pedũ positione dictã velimus *l. 1. D. de ac. pos.* Licèt enim retineri possit sine corpore, non tamẽ sine animo qui porrò in homine defuncto nullus superest, idque adeò verum est, vt nec iuris fictione possessio defuncti in hereditatem ipsam quantumuis personam defuncti repræsentet continuari possit *l. 1. §. Scæuola D. si is qui testam. lib. esse iuss.* multominùs in heredem, qui idcirco non retinere possessionem dicitur quam defunctus habuit, sed eam adipisci *l. cùm heredes 23. D. de acquir. possess. l. 1. in princip. D. quod legat.* quamuis post adeptam ab herede possessionem iungatur ea possessio heredis cum possessione defuncti ad implendam vsucapionem, quæ ipsa iuris non facti est *l. cùm miles 30. in princip. D. ex quib. caus. maior.* Denique nihil omnino nostrum esse aut in nostra potestate, aut ad nos pertinere potest quod non voluntatis vinculo retineatur. Adeò pendent omnia ex voluntate. Atqui voluntas ipsa morte extinguitur, cùm is qui mortuus est, velle amplius non possit *l. si ita legatum 65. §. illi si volet De legat. 1.* Mirum igitur non est morte dissolui omnia, & cum cæteris omnibus patriam quoque potestatem. Hanc verò tantò magis quòd tota est iuris ciuilis & propria ciuium romanorum, vt diximus ad *titul. De patr.*

L. mulier 22. vers. Brasidas D. ad SC. Treb. l. si ita esset 15. D. quand. dies leg. ced.

L. si Titio 22. eod.

L. 1. §. 1. D. rer. diuis.

L. hereditas enim 34. l. hereditas in multis 61. De acq. rer. domin.

L. 1. § Scæuola D. si is qui test. lib. ess iuss.

L. cùm heredes 23. D. de acquir. poss. l. 1. D. quod legat.

L. si ita legatum 65. § illi si volet de leg. 1.

potest. Non potest autem ciuis dici qui defunctus est cùm per mortem desierit habere caput in ciuitate, in qua nec mortuum sepeliri fas erat, vt non nisi per viuos homines ciuitatem totámque rempublicam viuere ac subsistere ostenderetur. Nam & si qua alia ratione quàm morte desiisset paterfamilias habere caput in ciuitate, intercidebat quoque ius patriæ potestatis, vt in sequẽtibus dicemus. Et huc pertinet quod Vlp. scribit in *l. pronunciatio* 195. §. 2. *versi. pater autem familias*, Cùm paterfamilias moritur quotquot capita ei subiecta fuerint incipere singulas familias habere. Singulos enim patrumfamilias & nomen & ius subire. Quod ipsum quid aliud est quàm liberari eos à patria potestate? Siquidem paterfamilias ille est, qui non solùm in alterius potestate non est, sed & alios omnes qui in familia sunt habet in sua potestate, in summa qui in domo dominium habet, vt ibidem scribit Vlp. Addens, quod notandũ est, hoc nomine rectè appellari etiam pupillum & alium quemlibet tametsi filiũ nullum habeat. Non enim, inquit, solam eius personam, sed & ius demonstramus cùm patremfam. appellamus. Cæterùm quamuis verum sit patrisfamilias morte dissolui reuera ius & vinculum patriæ potestatis, non tamen id vsque adeò absolutè ac præcisè accipiendum est, vt non etiam post mortem aliqua supersint vestigia pristinę potestatis: Et quidẽ quę suos effectus habeat & producat in annum vsque filij decimum quartum, quasi per iuris fictionẽ producta in id vsque tẽpus patris vita, ne videatur pupillus esse sine patre quandiu tueri seipsum per ætatem non potest. Hinc namque profectum est ius dandi tutoris, hinc ius etiam faciendæ pupillaris substitutionis, quod vtrumque decimiquarti anni fine concluditur. Quid enim aliud est tutor nisi vicarius quidã & vices gerens patris? Aut quid aliud potestas illa tutoris in capite libero, vt habet definitio tutelæ, nisi quædam imago & portio patriæ potestatis? Rursum quonam obsecro colore induci moribus potuisset, vt impuberi filio in potestate cõstituto heredẽ facere pater posset atque ita de alienis rebus cõtra legis 12. tab. verba disponere, si nõ illud priùs fictione iuris admissũ fuisset, vt patria potestas etiã post patris mortẽ in id vsq; pubertatis tẽpus protraheretur? Quãdoquidẽ patria potestas, vt suo loco disputauimus, sola illa est quæ facit, vt patris, & filij vna eadémq; persona esse existimetur, Et cõsequẽter vt patris quoque & filij vnum ac idem patrimonium videri debeat: Quo admisso non tam de alienis rebus quàm de suis propriis disponere pater creditur, qui filio suo impuberi dat substitutum pupillarem. Sanè post filij pubertatem nullum patriæ potestatis vestigium superesse constat, quia neque necesse est, vt aliquod supersit, cùm ex eo tempore possit ipse filius, aut seipsum tueri, aut saltem adire magistratum, vt ab eo petat curatorem, cuius consilio & fide gubernetur. Qua de causa placuit etiam tutelam finiri pubertate, vt dicemus ad *titu. Quib. mod. finit.* Nec posse patrem filio suo puberi quamuis in potestate constituto curatorem dare non magis quàm mater, aut alius quilibet posset *l. 1. §. vl. D. de confirm. tutor. l. penult. C. de testam. tutel. §. 1. Instit. de curat.* nec si pubes proponatur prodigus vel furiosus *l. si furioso 16. in princip. & §. 1. D. de curat. furios.* vbi scriptum est eam dationem curatoris esse apud prætorem. Est enim perpetuum, vt sicuti fictio iuris nunquam nisi ex necessitate inducitur, ita non nisi quatenus necessitas postulat, aut protrahatur, aut retineatur. Nulla autem necessitas est extendendæ patriæ potestatis vltra pupillares annos, neque ratione pupillaris substitutionis, cùm ab ea ætate possit pupillus ipse

L. pronũciatio 195. §. 2. versi. pater autem familias D. de ver. signific.

Ius dãdi tutoris & substituendi pupillariter filio impuberi vnde profectum sit.

Cur tutela finiatur pubertate, nec possit pater filio puberi curatorem dare.

L. 1. § vl. D. de confir. tu. l. pen. C. de testa. tutel. l. si furioso 16. in princ. & §. 1. D. de curat. furio.

ipse iam factus pubes sibi facere testamentum *l. à qua ætate* 5. *D. qui testam. facer. poss. l. ex facto* 43. *De vulg. & pupill. subst.* Neque ratione administrationis cùm minor aut sibi sufficere, aut si petat, curatorem à prætore accipere possit. Planè differentia illa remanet inter patrem & alium quemlibet qui curatorem puberi dederit, quod qui à patre datus est omnimodo confirmari solet, id est etiam citra inquisitionem, Qui verò ab aliis non nisi cum inquisitione vt ad eum titulum *De curat.* fusiùs dicemus.

ILLATIO I.

De libera bonorum paternorum administratione quam filiusfam. nanciscitur mortuo patre.

EX hoc Principio fit vt mortuo patre filiusfamilias liberam bonorum paternorum administrationem nanciscatur *l. in suis* 11. *D. de liber. & post.* Sola enim patria potestas illa est quæ impedit ne viuo patre possit filius de bonis paternis tanquam de suis liberè disponere. *L. in suis* 11. *D. de liber. & post.*

ILLATIO II.

De nepote recidente in potestatem patris sui mortuo auo.

SEcundò ex eodem Principio fit, vt si quis filium in potestate habeat, & ex filio nepotem etiam in potestate, morte quidem ipsius tollatur patria potestas in filium qui reperitur sui iuris, sed tamen recidat nepos in patris sui potestatem, nec eo magis sui iuris factus videri possit vt in huius tit. initio Iustin. scribit post Vlpianum in *l. nepotes* 5. *D. de his qui sui vel alien. iur. sunt.* vbi ait ille nepotes ex filio solere mortuo auo recidere in filij potestatem, hoc est patris sui, simili modo & pronepotes & deinceps, vel in filij potestate si viuit & in familia mãsit, vel in eius parẽtis qui ante eos in potestate est, & hoc nõ tãtũ in naturalibus verùm in adoptiuis quoque iuris esse. Ratio est, quia solum ius patriæ potestatis quod habebat auus in proprium filiũ efficiebat, ne viuo auo nepos esset in filij eiusdémque patris sui potestate, cùm fieri nequeat vt alium in sua potestate habeat is qui non sit suæ potestatis *l. sic eueniet* 21. *D. ad leg. Iul. de adult.* Non magis quàm vt aliquid possideat is qui ipse ab alio possidetur. *l. cùm heredes* 23. §. 1. *D. de acquir. poss.* Sublato igitur impedimento patriæ potestatis per mortem aui, superest vt nihil prohibeat quominùs ipso iure filius nanciscatur ius patriæ potestatis in nepotem quem ex iustis nuptiis susceperit, Cùm ad inducendum ius potestatis nihil aliud requiratur, nisi vt liberi ex nuptiis iustis suscepti sint dummodò nihil aliud sit impedimento. Quam ob caussam in proposita quoque specie etiam viuo auo nepos in sui patris potestate esset, si fieri posset vt vel in potestate sua alium habere posset ille qui in aliena esset, vel in duorum potestate simul & eodem tempore quis constitueretur: quod vtrumque impedimentum tollitur sublata per mortem aui patria ipsius potestate. Vt proinde quod eo primùm tempore filius filium suum in sua potestate habere incipit non fiat ex noua aliqua caussa aut per formam acquisitionis noui iuris, sed tanquam per amotionem obstaculi, quod impediebat ne ius illud patriæ potestatis filio iam quæsitum in liberos suos ex iustis nuptijs

L. nepotes 5. *D. de his qui suis vel alien. iur. sunt.*

L. sic eueniet 21. *D. ad leg. Iul. de adult.*

exercere vires suas posset. Obseruandum autem est huius nepotis ius quoddam singulare, in eo quod quandiu & patrem & auum habet, neque pater, neque auus substitutum pupillarem ei dare potest, Non auus quia licèt eum in sua potestate habeat quandiu viuit, non potest tamen filij sui ius lædere in cuius potestatem se defuncto nepos hic recasurus est, *l. 2. in princip.* iis verbis *& deinceps si qui non recasuri sunt in patris potestatem. D. de vulgar. & pupill. substit.* nisi miles proponatur qui in suis duntaxat bonis hunc nepotem instituere eique substitutum dare velit. Est enim hoc priuilegium militis cuiuslibet siue paterfamilias siue filiusfamilias ille sit, vt hereditati suæ qualem vult legem dicere possit dum ne alterius ius minuatur *l. cum filiusfamilias* 28. D. *de testament. milit. l. impuberi* 40. *D. de admin. tutor.* Non rursum pater, quia non habet filium suum in potestate quandiu auus viuit. Non potest autem substitutio pupillaris fieri nisi ab eo qui habeat impuberem in potestate *d. l. 2. De vulgar. & pupill.* Quamquam hoc quoque casu illa etiam exceptio subiicienda est, Nisi sit miles qui in suis duntaxat bonis filio suo velit substituere. Valebit enim substitutio, at non tanquam pupillaris, sed tanquam militaris, Quomodo accipiendum puto, quod scriptum est in *d. l. cùm filiusfamilias*, *& in l. miles ita* 41. *§. penult. eod. tit. De testam. milit.* Non enim eadem ratio est huius militis quæ illius qui filio suo impuberi substituit pupillariter ea mente vt ad substitutum non alia bona peruenire velit quàm quæ à se ad filiũ institutum peruenerint. De quo in *l. sed si plures* 10. §. *ad substitutos De vulg. & pupill. substit.* Illa namque substitutio verè pupillaris est cũ ei facta sit cui pupillariter substitui nihil prohibebat: Licèt ob militis priuilegium in eo differat à cæteris pupillaribus substitutionibus, quod non omnia pupilli bona comprehendit, sed ea tantùm quæ habuit ille à patre. At quæ fit siue ab auo siue à patre milite, nepoti in aui paterni potestate constituto, & post aui mortem in patris potestatem recasuro, fit ab eo qui pupillariter substituere nullomodo potest, Ne quidem ex priuilegio militari, quia priuilegium militis in eo consistit non vt pupillariter possit substituere illi, cui ius commune substitutionem pupillarem fieri non patiatur, sed vt cuilibet etiam maiori annis vigintiquinque possit militariter substituere, hoc est qualem velit hereditati suæ tam instituendo quàm substituendo legem dicere. Cùm verò pupillariter substituit ei cui etiam iure communi pupillariter substituere posset, verumtamen hac mente vt cætera filij bona non veniant in pupillarem substitutionem, pupillaris sanè substitutio est, sed tamen coniuncta cum militari, quippe quæ in consequentiam priuilegij militaris quod pater habuit efficiat vt contra vulgares iuris communis regulas pupillus decedat pro parte bonorum testatus, pro parte verò intestatus. Tutelæ non eadem quæ hereditatis hac in re ratio est. Nam nec militem liberis recasuris in potestatem tutorem dare posse à Diuis fratribus rescriptum est *l. 2. D. de testament. tutel. dict. l. cùm filiusfamilias.* Huiusque diuersitatis rationem duplicem, & vtramque perelegantem reddit Papin. in *d. l. impuberi.* Vnam illam, quòd non in aliis circa supremam voluntatem imperitiæ venia datur, quàm in bonis militum. Non autem de bonis suis disponit miles qui dat filio tutorem, quia liberi nostri quos ex iustis nuptiis suscepimus in dominio nostro non sunt, ne tùm quidem cùm in potestate nostra sunt, Quanto minùs igitur si non in nostra, sed in parentis nostri sint potestate, aut si mortuis nobis in alterius recasuri sint potestatem? Alteram, quòd priuilegium illud

L. 2. in princip. De vulg. & pupill. subst.

L. cùm filiusfamilias 28. D. de testam. milit. l. miles ita 41. §. pen. eo. tit.

l. sed si plures 10. §. ad substitutos de vulg. & pupill. subst.

Differentia tutelæ & hereditatis in persona militis testatoris.

L. impuberi 40. D. de adm. tutor.

illud militis vt de bonis suis testetur quomodo velit & quomodo possit, vt loquitur *l.1.eod.tit.De testam.milit.* non nisi ob militiæ præmium militibus datum est sicut & cætera omnia, hoc est vt eo veluti præmio inuitarentur milites ad belli munia & pericula alacriùs obeunda. Tutela verò inquit Papinianus, non ob militiæ præmium sed patriæ potestatis iure mandatur. Qui locus probat elegantissimè quod in huius Principij explicatione diximus non alio iure, vel iuris colore permitti patri vt filio suo impuberi tutorem det, quàm quòd patria potestas post mortem quoque patris in tempus quisque pubertatis per fictionem & interpretationem iuris extendatur, Cui tamen fictioni locus nullus relinquitur in persona eius post cuius mortem nepos recasurus sit in alterius potestatem, ne imagine & fictione ista, naturæ veritas adumbretur, vt ad finem *tit.praced.* dicebamus ex eodem Papiniano in *l.filio 23. in princip. De liber.& posthum.* Planè quod dicimus mortuo auo nepotem recidere in potestatem patris sui, constat ita accipiendum esse si sit nepos ex filio in potestate retento & superstite. Alioqui si ponas esse nepotem ex filio emancipato, aut filium quidem in aui potestate retentum, sed tamen auo viuo defunctum non poterit nepos iste auo moriente recidere in potestatem patris sui, qui vel iam decesserit, vel propriam familiam habeat diuersam omnino ab ea quæ fuit viuentis aui, & in qua nepos ex instanti mortis aui paterfamilias & consequenter sui iuris reperitur. Vt non obscurè hoc loco Tribonianus declarat. Quò etiam pertinet quod Modestinus scribit in *l. si pater filium 41.D.de adopt.* De cuius sententia scripsimus ad *Princip. 1. tituli superioris, illat.*28. Et ob hoc fortasse Vlp.in *d.l.nepotes* 5.*De his qui sui vel alien. iur.sunt.* ita loquitur vt dicat nepotes ex filio solere mortuo auo recidere in patris sui potestatem, Vt insinuet esse id quidem regulare, sed tamen non semper contingere, Nimirum si filius ex quo nepos est desierit in familia aui esse siue per emancipationem, siue per mortem, siue denique per alium quemlibet ex iis modis quibus patriæ potestatis ius dissoluitur: Hoc enim casu quemadmodum nepos subit locum filij adeo vt fiat suus heres succedendo *§.sui autem infr.De hered.qualit. & differ.* Ita moriente auo necesse est vt fiat sui iuris, cùm alius nemo supersit qui eum anteuertat in eadem familia, & in cuius potestatem recidere possit. Excipiendus tamen vnus casus est, non quidem ex iuris ratione, sed ex Iustiniani constit. *Nouell.81.cui tit.est Constit.quæ dign.& episcop.fil.liber.patr.potest cap.2. §.illud quoque,* vbi constituit ille vt quisquis per dignitatem aliquam siue ecclesiasticam, siue secularem liberatur patria potestate legitima iura pristina intacta retineat, & inter cætera hoc ipsum nominatim vt non eo minùs ipsorum filij si quos iustos & legitimos habeant post auorum mortem in istorum recidant potestatem acsi patria potestate liberati non essent. Iure prorsus singulari vt nouus hic modus veteri iurisprudentiæ incognitus exuendæ patriæ potestatis, quò cæteris nobilior & illustrior est, eo maioribus & clarioribus priuilegijs decoretur.

L.1.D.de testam.milit.

L.si pater filium 41. D. de adopt.

L.nepotes 5. D.de his qui sui vel alien.iur. sunt.

Nouell.81. constit quæ dignit.& episc.fil. lib. patr. potest. cap.2.§.illud quoque

AD hoc Principium pertinent alia innumera quæ in iure nostro passim occurrunt quoties agitur de filiisfamilias per mortem patris à patria potestate liberatis, quale illud est vt possint facere testamentum, vt omnimodo sint capaces acquisitionis, & alia eiusmodi quæ omnia congerere longum & inutile esset. Hoc enim iuris Principium ex iis est quæ nullam omnino habere possunt dubitationem.

PRINCIPIVM II.

De secundo modo dissoluendæ patriæ potestatis per patris aut filij deportationem.

§. cùm autem hoc tit. L. sunt quidam 17. §. 1. D. de pœn.

PEr deportationem siue in patrisfamilias, siue in filijfamilias persona contigerit dissoluitur ius patriæ potestatis. §. cùm autem hoc tit. vbi rationem & apertam & elegantem Iustinianus reddit quòd per deportationem ciuitas amittatur. Qui enim deportati sunt ἀπόλιδες esse dicuntur, id est sine ciuitate *l. sunt quidam 17. §. 1. D. de pœn.* Successit siquidem deportatio in locum veteris illius interdictionis aquæ & ignis, de qua in *§. minor. infr. De capit. diminut.* iunct. *l. pen. §. vlt. D. de extraord. cognit. l. 3. D. ad leg. Iul. pecul. l. 2. §. 1. D. de pœn.* Nemo autem dubitat quin per illam aquæ & ignis interdictionem ciuitas amitteretur *dict. §. vlt. l. eius qui 8. §. 1. D. qui testam. facer. poss. l. 1. §. hi quibus De legat. 3.* Ergo & per deportationem. *l. inter pœnas 6. D. de interd. & releg.* Vnde & ad peregrinitatem redactus dicitur, qui deportatus fuit *l. sed si hac lege 10. §. sed si per pœnam D. de in ius vocand. l. 1. C. de hered. instit.* Atqui patria potestas vt sæpius iam diximus iuris ciuilis est, fieri verò nequit vt amissa ciuitate non amittatur illa etiam omnia quæ sunt iuris ciuilis *d. l. sunt quidam 17. in fin. De pœn.* Patriam ergo potestatem dissolui per deportationem omnino consequens est. Idipsum verò alia etiam ratione probari potest quã idem quoque Iustinianus insinuare videtur, Illa nimirum quod vt superiore Principio dicebamus, morte soluitur patria potestas. Atqui is qui deportatur hoc ipso mori intelligitur cũ amittat ciuitatem desinátque habere caput in ciuitate. Id enim est quod Vlpianus scribit in *l. verum est 63. §. vlt. D pro socio* interire homines non solũ morte, sed etiam maxima & media capitis diminutione. Ergo patriam potestatem deportatione amitti omnino necesse est. Sed & bona deportati omnia per sententiam deportationis ipso iure publicantur & fisco vindicantur *l. deportatorum 8. C. de pœn.* eáque bonorum publicatio durior est quàm si principaliter & separatim ex qua alia causa infligeretur, cùm si non alia quàm publicationis pœna esset irrogata consequens fieret vt impetrata aduersus pœnam restitutio bona redderet, quod in restitutione deportato concessa falsum est vt dicemus ad *Princip. prox.* Sed & bona post deportationem quæsita etsi non pertinent ad fiscum viuo deportato, pertinent tamen eo mortuo cùm alium quàm fiscum successorem habere non possit *l. deportatus 15. D. de inter. & releg.* quod in alia simplici publicatione, diuersum est. Bona enim postea quæsita numquã ad fiscum ex ea condemnationis causa perueniunt. Neque refert patérne an filius fuerit deportatus. Quoties enim de patria potestate tractamus aut de alio iure quod sit legitimum & ciuile, vtrumque ciuem esse oportet, & eum qui ius illud exercet, & eum in quem exercetur, Alioqui deficit subiectum in quod exerceatur si non sit illud habile & capax eorum quæ sunt iuris ciuilis. Sicut & parum esset testatorem esse ciuem si heredem instituerét eum qui esset peregrinus *d. l. 1. C. de hered. instit. d. l. 1. §. hi quibus De legat. 3. l. sed si condicioni 6. §. solemus D. de hered. inst.* Aut è contrario heredem scriptum esse ciuem romanum si testator peregrinus & illegitimus proponeretur *l. sed si accepto 32. D. de iur. fisc.* vbi tamen quod scriptum est *idem ius eis seruandum* videtur mendosum

L. inter pœnas. 6. D. de interd. & releg. L. sed si 10. §. sed si per pœnam D. de in ius voc. l. 1. C. de hered. inst.

L. verum 63. §. vlt. D. pro socio. l. deportatorum 8. C. de pœn.

l. deportatus 15. de inter. & releg.

& pro

& pro *eis* legendum potius *her*. id est *heredibus*, & paulò pòst *haberent* pro *habent*. Nam ad obsidum heredes de quibus nihildum dictum fuerat ea clausula pertinet non ad obsides ipsos. Deportatos autem eos accipere debemus, quibus Princeps insulas adnotauit, vel de quibus deportandis scripsit. Cæterùm priùs quàm factum præsidis comprobet, nondum amisisse ciuitatem quis videtur. Proinde si antè decessisset ciuis decessisse videretur, Et fideicommissum quod antè reliquerat quàm sententiam pateretur valebit vt Vlp. tractat in *d. l.* 1. §. *deportatos de leg.* 3. De quo tamen plura dicemus ad *tit.* De *cap. min.* Sanè matris deportatio etiam quæ ante filij natiuitatem dummodo post conceptionem contigerit sicuti non nocet filio quominus & ingenuus & ciuis romanus nascatur, ita nec patri quominus filium hunc habeat in potestate *l. Imperator* 18. *D. de stat. hom.* iunct. *l.* 4. *C. de pœn.*

ILLATIO I.

De deportato filio qui non obstat nepoti.

EX hoc Principio illud primùm fit, vt si quis filium habuerit, & ex eo nepotem, & filius siue emancipatus siue in potestate manens deportatus sit, nō noceat nepoti, sed perinde vtroque casu nepos admittatur, propterea quòd deportatus mortui loco habeatur inquit Vlp. in *l.* 1. §. *filium* D. *de bonor. poss. contr. tab.* tantùm abest vt qui deportatus est remaneat capax patriæ potestatis siue actiuè siue passiuè. *l.* 1. §. *filium de bon. poss. contr. tabul.*

ILLATIO II.

De patroni deportati filio petente bonorum possessionem liberti.

SEcundò ex eodem Principio fit quod Paulus scribit in *l.* 4. §. *si deportatus D. de bon. libert.* si deportatus patronus sit, filio eius competere bonorum possessionem in bona liberti, Nec ei esse impedimento talem patronum quippe qui mortui loco habeatur. Certum enim est non posse patroni liberos ius vllum habere in bonis liberti quandiu sunt illi in patris potestate. *L.* 4. §. *si deportatus De bon. libert.*

Non est contrarium quod Papinianus respondit in *l. cùm pater* 77. §. *hereditatem De legat.* 2. si quis filiis suis vel cui ex his voluerit hereditatem cùm morietur restituere rogatus sit, & interea in insulam deportatus fuerit eligendi facultatem non esse pœna peremptam, nec fideicommissi condicionem ante mortem filii heredis existere: Quod & ex parte scriptum est ab Vlp. in *l. ex facto* 17. §. *si quis rogatus* 2. *D. ad SC. Trebell.* Nam quod ad primam responsi partem attinet, ea rationem illam habet, quòd deportatus non amittit quæ sunt facti, cùm nec ea quidem amittat quæ sunt iuris gentium, sed illa duntaxat quæ sunt iuris ciuilis *d. l. sunt quidam* 17. §. *vlt. De pœn. l. penult.* D. *de cap. minut.* Atqui eligere cui ex liberis fideicommissum restitui quis velit facti est, & meræ voluntatis non iuris. Optima igitur ratione hanc eligendi facultatem pœna deportationis peremptam non esse placuit. Eam siquidem habet pater non tanquam paterfamilias & iure patriæ potestatis, sed tanquam pater: Quandiu autem viuit, remanet pater naturalis etiam amissa patria potestate. Quod verò per deportationem & ante mortem filii non videtur extitisse condicio fideicommissi quod ille cùm moreretur restituere rogatus fuerat, ex eo fit quia deportatus licèt in plerisque pro mortuo habea- *L. cùm pater* 77. §. *hereditatem de legat.* 2. *L. ex facto* 17. §. *si quis rogatus ad SC. Trebel.* *Cur deportatus non amittat ius eligendi.* *Cur per deportationem non existat condicio, fideicommissi post mortem relicti.*

tur,non tamen in omnibus quandiu ex indulgentia Principis in integrum restitui potest,in eóque melioris condicionis est quàm in metallum damnatus, vt dicemus *Princip.seq.ex l.intercidit.* 59.*De condic. & demonstr.* Facit *l.Statius Florus* 48.*§.vlt.D.de iur.fisc.*

PRINCIPIVM III.

De potestate restitutionis ex indulgentia Principis concessæ deportato.

§.1.hoc tit. *DEportatus si ex indulgentia Principis in integrum restitutus sit,& patriam potestatem & cætera simul iura omnia pristina recuperat.§.1.hoc tit.* vbi quamuis ita Iustin.simpliciter & absolutè scribat,tamen non tam ad iuris rationem id referendum videtur, quàm ad constitutionem Imperatoris Constantini *L.vlt §.vl. C.de sent. pass.& rest.* quæ extat in *l.vlt.§.vlt.C.de sentent.pass. & restit.* in illis perelegantibus verbis *Ideóque tantùm ad restitutionem indulgentia valeat quantum ad correctionem sententia valuit,vtque deportationis ipsum per se nomen rerum omnium spoliatio est, ita indulgentiæ restitutio bonorum ac dignitatis, vno nomine amissorum omnium sit recuperatio: Et filij emancipationem à patribus,officijs petant,vt libertatem non dānatio iis sed lenitatis paterna testem habeant:* Ante quam constitutionem ea proculdubio iuris veteris ratio erat,vt qui aduersus deportationem à Principe restitutus fuisset nec vt liberos in potestatem suam reciperet specialiter impetrasset,non ideo patriam potestatem recuperasse dici posset *l. si pater 9. eod.tit.* *L.si pater 9. eod.* Multominùs verò pater cuius filius antea deportatus postea per indulgentiam *L. in insulā 6.eod.* Principis & patrio solo & præcedenti dignitati restitutus fuisset *l. in insulam 6.eod.* Facilius enim est vt is ipse qui restituitur iura sua recuperet,quàm vt per restitutionem ab alio impetratam,etsi sunt ista ferè in omnibus correlatiua. Iuris autem illius veteris ratio ea fuisse videtur,quòd restitutio non nisi contra eam pœnam quæ duraret, (solet verò pœna manere etiam post mortem *l.2. D.de cadauer.punit.*) postulata & impetrata crederetur,non etiam contra eam pœnam quæ plenum suum effectum iam habuisset. Desinit enim esse pœna ex quo habuit effectum quod contingit ratione patriæ potestatis amissæ, itémq; ratione bonorum ex deportationis causa publicatorum, iámque fisco acquisitorum. Nam & quod ad deportati bona pertinebat ita ius erat, vt deportato qui in integrum restitutus fuisset restitui non deberent nisi speciale beneficiū *L.2.eod.* super hoc quoque fuisset impetratum *l.2.eod.tit.* quasi alioquin non tam restituto bona quàm à Principe,quod difficilius multò est,donata viderentur, nisi plenissima restitutio facta proponeretur, puta verbis illis generalissimis ab *L.1.eod.* Imp.Antonino vsurpatis in *l.1.eod.Vt autem scias quid sit in integrum restituere honoribus,& ordini tuo,& cæteris omnibus te restituo.* Qua formula etsi putāt multi Imp.significasse hæc omnia solo *restituendi* verbo contineri, non tamen ita est. Plenissimam enim restitutionem facit eo loco non verbum solum *restituo,* sed adiectio illa *in integrum* cuius non alius sensus est quàm vt in plenum restitutio facta videatur. Nemóque non videt multò plus esse *in integrum restituere* quàm simpliciter *restituere.* Quare nec ex illo Imperatoris Antonini rescripto inferre possumus quamlibet restitutionem eūdem effectum habere debuisse,sed ita locutus fuit Imperator optimus, id est non tantùm adiectis verbis illis *in integrum* sed etiam subiecta eorum interpretatione, vt liberalitatem suam enixius testaretur,nec dubitationi locum relinqueret circa beneficij sui strictiorem,quæ haud dubiè facta fuisset,interpretationē. Hinc est quod olim resti-

restituebatur, aliquando deportatus ita vt bona ei omnia restituerentur, aliquãdo ita vt non nisi pars aliqua bonorum, aliquando vt nihil omnino *l.2.3. & 4. eod.* Quod si nihil dictum esset, non poterat videri prius dominium redintegratum, quod fisco semel pleno iure acquisitum fuisset *l. frustra 8. eo.* Quædam tamen erant quæ per indulgentiã quantumuis generalem concessa videri nũquam poterant, vt militia, vt integra atque illibata existimatio *l. generalis 7. eo.* Nam vt eleganter Impp. aiunt in *l. vlt. C. de gener. abolit.* indulgentia quos liberat notat, nec infamiam criminis tollit, sed tantùm pœnæ gratiam facit. *l. 5. C. Theod. de indulgent.* Indulgentiam enim Græcorum exemplo vocant, quã Latini restitutionem. Eodémque pertinet quod aulicus ille dicebat, Litturam semper manere, quæ nec nisi tunc fit cùm id agitur vt ipsa etiam culpa, si fieri posset, deleatur.

L.2.3. & 4. eod.

L frustra 8. eod.

L. generalis 7. eod.

L. vlt. C. de gen. abolit.

L.5. C. The. de indulg.

ILLATIO I.

De deportato non in omnibus absolutè ac simpliciter habendo pro mortuo.

EX hoc Principio illud fit primùm, vt qui deportatus est non possit in omnibus & absolutè haberi pro mortuo, quia in integrum restitui potest & quidem ita vt non tantùm à pœna se liberet, sed etiam pristina sua omnia iura recuperet *l. intercidit 59. D. de condic. & demonstr.* vbi Vlpianus postquàm scripsit intercidere legatum si ea persona decesserit cui legatum fuerat sub condicione, subinde quærit, Quid ergo si non decesserit, sed in ciuitate esse desierit? Puta, inquit, alicui legatum si is Consul factus fuerit & is in insulam deportatus est. Numquid non interim extinguitur legatum, quia restitui in ciuitatem potest. Hoc verò probabilius arbitratur Vlpianus. Nec idem esse dicendum, si ea pœna in illum statuta fuerit, quæ irrogat seruitutem, puta si quis in metallum fuerit damnatus, quia, inquit, seruitus morti adsimilatur. Quid? inquies, Nonne & qui in metallum damnatus est, in ciuitatem restitui potest? Vtique *l. 1. §. 1. & l. vlt. D. de sentent. pass. & restit. d. l. 2. & l. frustra 8. C. eod.* Sed huiusmodi restitutionem sperare non possumus, ita vt ea spes aliquem habere debeat effectum, quia cùm is qui in metallum damnatur non tantùm ciuitatem sed etiam libertatem amittat, exinde pro mortuo habetur, tanquam seruus pœnæ effectus *d. l. ex facto 17. §. si quis rogatus 2. D. ad SC. Trebell.* (iure scilicet vetere inspecto, nam hodie nemo à principio bene natus ex supplicio fit seruus *Nouell. 22. De nupt. cap. 8.*) de mortuo autem sperari non potest quod à Principe restituendus sit cùm nec sit capax restitutionis. Nec ad rem pertinet si quis replicet reuera mortuũ hunc non esse, qui & reuera in integrum postea restitui possit Principe quandocumque ita volente. Etsi enim non nisi iuris fictio ista est, tamen imitatur veritatẽ, tantundémque valere debet in casu ficto, quantùm veritas valet in casu vero. In eo igitur melior condicio est deportati quàm in metallum damnati, quòd in persona deportati spes futuræ restitutionis impedit ne pro mortuo haberi absolutè possit, quomodo habetur is qui in metallum damnatus fuit, sed secundum quid duntaxat, id est in iis demum quæ sunt iuris ciuilis: quorum ratione sicuti tam deportatus quàm qui in metallum damnatus est amittit ciuitatem, ita nec vlla inter eos differentia esse potest, at nec rursum in iis quæ sunt iuris prætorii cùm ius prætorium pars sit iuris ciuilis generaliter sumpto iuris ciuilis nomine, & hoc saltem cum iure ciuili commune habeat, quod non nisi ad ciues pertinet ob ídque non magis quàm ius ciuile seruos agnoscit *l. nullomodo 7. D. de leg. Cornel. de fals. l. qui testamento 20. §. seruus D. qui testam. facer. poss.*

L. intercidit 59. De cond. & demonst.

L. 1. §. 1. & l. vlt. D. de sentent. pas.

Nouell. 22. De nupt. ca. 8.

L. nullomodo 7. D. ad leg. Corneli. de fals.

ILLATIO II.

De illo qui post apertum testamentum deportatus fuit, deinde restitutus petit fideicommissum.

L. eum qui post apertũ 104. De con. & demonst.

SEcundò ex eodem Principio fit, vt is qui post apertum testamentum deportatus fuit, si idem postea restitutus sit, fideicommissum petere possit cuius condicio extiterit postquàm ille ciuitatem romanam recepit *l. eum qui post apertum* 104. *De condic. & demonstr.* Vbi notandum est quod lex ait *post apertum testamentum*. Nam si ante apertum testamentum decessisset aut deportatus fuisset fideicommissarius eo tempore quo lex Iulia Papia obtinebat, quæ caduca omnia fisco vindicabat, non posset de restitutione tractari postea in præiudicium fisci, cui ius quæsitum fuisset. Nec quicquam referret an deportatus fuisset fideicommissarius, an decessisset ante apertas tabulas, cùm lex Iulia Papia indistinctè applicaret fisco legata omnia iis relicta qui ante apertas tabulas vel decessissent vel capaces esse desiissent. Etsi verò non nisi de legatis locuta fuerat, tamen & fideicommissum & mortis causa donationem in legis Iuliæ Papiæ interpretatione legati appellatione contineri non ambigitur *l. & fideicommissum* 87. *De legat.* 3. quam ita esse accipiendam inscriptio ipsa demõstrat, Ne alioqui nimis euidenter falsa sit sententia si generalius intelligatur. Ex hoc autem apparet id quod proxima illatione diximus non intercidere legatum si ea persona fuerit deportata cui relictum fuerat sub condicione, ex *d. l. intercidit* 59. *eod. tit. De condic. & demonstr.* ita accipi oportere si deportatio contigerit post apertum testamentum non si antè. Nimirum ex iuris veteris ratione. Nam hodie sublata lege Iulia Papia de caducis per Iustiniani constitutionem in *l. vnic. C. de caduc. tollend.* hæc quoque distinctio penitus sublata est, nec quicquam refert an post an verò ante apertum testamentum legatarius aut fideicommissarius deportatus sit, vel decesserit. Estque locus hic vnus ex iis quos Tribonianus in Pandectis per incuriam reliquit ad legem Iuliam Papiam pertinentes, cuius alioqui non nisi perpauca vestigia supersunt in iis prudentum responsis quæ hodie habemus. Sed & illud obseruandum est apud Paulum in *d. l. eum qui*, tractari de fideicõmisso cõdicionali, cuius condicio extiterit post concessam deportato indulgentiam & restitutionem: Vt intelligamus futurum alioqui si condicio post irrogatam deportationis pœnam & ante impetratam restitutionem contigisset, vt aliud dicendum foret, intercidere scilicet fideicommissum & ad fiscum irreuocabiliter pertinere, si non eo quoque nomine restitutio specialiter impetrata esset. Verum enim est quod ex hoc ipso loco probare interpretes solent, in condicionalibus dispositionibus inspiciendum esse præcipuè tempus existentis condicionis, præsertim cùm quæritur an capere quis possit *l. non oportet* 52. *de leg.* 2.

L. & fideicommissum 87. de leg. 3.

d. l. intercidit 59. De condic. & demonstr.

d. l. eum qui post apertũ

L. non oportet 52. de leg. 2.

ILLATIO III.

De patrono deportato & postea restituto ad liberti successionem admittendo.

L. 1. D. de sentent. pas.

TErtiò ex eodem Principio fit vt ad successionem liberti patronus qui & deportatus & restitutus fuit admittatur *l. 1. D. de sent. pass. & restit.* Sed etsi in metallum dãnatus restituatur, etsi maior dubitãdi ratio est, nũquid seruitus

pœnæ

pœnę extinguat ius patronatus etiam post restitutionem, propterea quòd verum sit hunc semel pro mortuo habitũ fuisse, vt diximus illa t. 1. magis tamẽ est vt extinguatur ius patronatus, scilicet post restitutionẽ, id est vt reuiuiscat per auxiliũ restitutionis, vt Vlpianus subiungit in *d.l.1.* Nam cùm iura libertorum liberis salua conseruentur etiã iis quorum pater reus perduellionis damnatus fuerit *l.4.D.de iu. pat.* cur nõ idẽ ius patrono restituetur, quãdoque posteà restituto? Noli dicere sola ea restitutionẽ generalẽ nõ solere reddere quę per cõdẽnationẽ fuerãt fisco acquisita, in quo numero non est ius patronatus. Ita nãq; sequeretur restitutione aduersus pœnã impetrata patriã quoq; potestatem quæ proculdubio nõ trãsit ad fiscũ hoc ipso restitutã videri debere, quod falsũ est *l. 6.& 9.C.de sent.pas.* Ius patronatus hac parte fauorabilius est. Propter quã causam cùm inter eos patronos qui lege excipiũtur ne in liberti bonis vllũ ius habeãt, eũ patronũ numeramus qui rei capitalis dãnatus sit, subiicimus exceptionẽ *si restitutus non est l. filij 9.§.1. D.de iur.patr.* vt intelligamus sufficere illi quãlibet restitutionem, nec requiri, vt ad hoc quoq; ius specialiter fuerit restitutus, quod & generalius scriptum est in *l. siue patronus 21.D.de iur. patr. l.3.§.si deportatus 7.De bon.libert.* Non possum autẽ videre cur Vlpiani sententiã de dãnato in metallũ in *d.l.1.* velint quidam referre ad libertum ipsum potiùs quàm ad patronũ condẽnatũ hoc sensu quasi seruitus pœnæ contingens in persona liberti non priuet patronũ iure suo, cùm prior pars legis sit de patrono deportato & restituto, nec alia de causa subiiciatur quęstio de seruo pœnę effecto, quàm quod in eo maior, vt diximus, dubitandi ratio esse videretur. Neq; verò fieri potest, vt dãnato in metallum liberto ius patronatus interim nõ intercidat, perinde acsi libertus hic decessisset, cùm seruitus pœnę morti adsimiletur, fieri autẽ nequeat, vt sit quis & maneat patronus defuncti, quod & Vlp. significat nõ obscurè cùm vtitur verbo extinguendi. E cõtrario verò nõ potest res habere dubitationẽ quin restituto in integrũ liberto patronus saluũ ius patronatus in eũ inque bona ipsius habere debeat. Cur enim liberto id vnum prodesse debeat cõtra patronũ quod fuerit libertus ipse aliquando in metallũ dãnatus? An non id esset protegere se pœna sceleris contra patronũ, vt loquũtur Impp. in *l. si deportationis 12.C.de sentent.pass.* Aut quomodo fieri potest, vt restitutio reddat liberto libertatẽ, quin hoc ipso renouet memoriã beneficij quod idem ille à patrono ante dãnationẽ acceperat? An posset Princeps huic reddere libertatẽ si non eã priùs à domino eodémq; nunc patrono fuisset consecutus? Fieri ergo nequit, vt hæc libertas restituatur liberto, quia patrono etiã ius patronat⁹ restituatur. Eáque germana differentię ratio esse videtur inter ius patronatus, & ius patrię potestatis quam constat nũquam ipso iure restitutã intelligi, nisi specialiter fuerit expressa *d.l. in insulã 6.d.l. si pater 9. C.de sent.pass.* quia nimirũ nihil vetat esse quẽ liberũ, aut ciuem romanũ etiamsi liberos suos non habeat in potestate. At fieri nequit, vt à Principe libertatem repetat is qui aliquãdo seruus meus fuit, quin à me prius habuerit libertatem ac proinde quin hoc ipso meũ se libertũ esse fateatur (Alia ratio est serui mei qui in metallum damnatus sit, posteáque ab ea pœna liberatus. Nõ enim per huius indulgentię occasionem dominium meũ prius redintegratur *l. frustra 8.eo.ti.C.de sent.pass.* sed fit ille seruus Cæsaris ex seruo pœnę, quasi nihil mea interesse videatur, cui iã seruus hic per pœnã ablatus fuerat, & in quo dominiũ nullũ possem obtẽdere si seruus pœnę mansisset *arg.l. postliminiũ 19.§.si statuliber D.de cap.& postli.*)

L. 4. D. de iur. patron.

L. filij 9.§.1. l. siue patronus 21.D.de iur.patr. l. si deportatus 7.D.de bon. libert.

L. si deportationis 12. C. de sent.pass.

Erit ergo Vlp. sententia in *d. l. 1. De sentent. pass.* multò elegantior, & de re magis dubitabili si ad patronum quàm si ad libertum damnatum referatur, quia nimirum difficilius est, vt ei succurri debeat qui proprio quàm qui alieno delicto ius suum amisit, quamuis vtroque casu idem iuris sit *d. l. siue patronus 21. De iur. patr.*

ILLATIO IV.

De obligatione æris alieni in quam recidit deportatus si postea sit restitutus.

QVartò ex eodẽ Principio fit vt si deportatus restitutus non solùm dignitatem & patriam sine qua dignitas nulla esse potest, sed etiam bona sua cum dignitatis restitutione recuperauerit, hoc ipso intelligitur obligatus suis creditoribus quibus ante deportationem fuerat obstrictus. Qua enim fronte auderet ille se protegere pœna sceleris sui contra iustos creditores? *d. l. si deportationis 12. C. de sentent. pass.* Fuit quidem ille per pœnam deportationis liberatus ab onere totius æris alieni præcedentis *l. si debitor 3. eod.* quia cùm obligatio sit iuris vinculum, vt ex ipsius definitione apparet, iuris inquam ciuilis, si de obligatione ciuili agamus qualem esse necesse est eam ex qua dari actio possit, non potest fieri, vt ciuiliter obligatus intelligatur is, qui amiserit ciuitatem. Adeò vt si ponas ciuitatem amisisse debitorem qui nihilominùs ex indulgentia Principis bona sua detineat, non nisi vtilibus actionibus conueniri possit, vt Vlp. scribit in *l. relegatus 14. D. in fin. D. de interd. & releg.* Sed tamen restitutis bonis cum ciuitate nulla ratio est, cur non quoque pristinæ obligationes omnes tam actiuæ quàm passiuæ restituantur. Adeò vt nec necessariæ sint hoc casu vtiles actiones cùm directæ competant, vt Papinianus respondit in *l. penult. D. de sentent. pass.* Sed &, si ponas deportatum eundémque restitutum, cùm ei oblata esset facultas à Principe bona quoque sua recuperandi, maluisse tamen ea derelinquere, non tamen id assequetur, vt exuat se iis actionibus quibus ante sententiam fuerat subiectus, vt eleganter Vlpia. ait in *l. 2. in fin. eod. tit.* quia scilicet nihil interest an bona sua quis per restitutionem receperit, an per eum steterit, ne reciperet *l. qui potest facere 174. De regul. iur.* Cur verò ad restituendas in hunc debitorem restitutum actiones, non sufficit quòd in ciuitatem ipsam fuerit restitutus? Cur bonorum quoque restitutionem ei factam fuisse requirimus, si nihil aliud obligationes extinxerat nisi quod debitor ciuis esse desiisset? Id enim est quod ait Scæuola in *l. seruus 30. De oblig. & action.* seruum effectum scilicet pœnæ non idcirco quod postea indulgentia Principis libertatem consecutus sit rediisse dici in obligationem creditorum, Quasi dicat, quantum ad hanc rem attinet parum esse quod libertatem receperit, si non receperit etiam bona. Quanquam & si bona quoque sua cum libertate recepisset, non eo magis rediret in obligationem creditorum, vt iis ipso iure directisque actionibus teneretur, sed vtilibus duntaxat, quemadmodum in sequentibus dicemus.

L. si deportationis 12. l. 3. C. de sent. pass. l. pen. l. 2. D. eod.

L. relegatus 14. in fin. D. de inter. & releg.

L. seruus 30. D. de oblig. & action.

Respondendum est, amissionem ciuitatis esse quidem præcipuam causam dissoluendarum obligationum quibus deportatus debitor ante sententiã tenebatur, sed non solam. Non enim sola iuris ratio facit pro misero & egeno debitore ne possit iuris ciuilis vinculo manere obstrictus is qui ciuis esse desiit,

sed etiam

ſed etiã ratio æquitatis & miſerationis, quòd iniquũ ſit actionem aliquã in eũ dari cui bona ſunt ablata *l.vlt.§.vlt.D.quæ in fraud.cred.* vbi tamen obſeruãdũ eſt quod elegãter monet Iureconſultus, hãc iniquitatẽ nõ tã ex eo naſci quòd emolumẽtũ actionis nullũ eſſe poſſit in eũ qui bonis exutus eſt, quàm quia per pœnã bona ſua amiſerit, & ad id vnum reſpicere prętorẽ, cùm fraudatorẽ poſt bonorũ venditionem quã in fraudis ſuę pœnam paſſus ſit, ex antegeſto teneri nõ patitur. Ideóque ſi bona ſua diſperdidiſſet etiã quæ nulla reſtitutione recuperare poſſet, nõ eo minùs tamẽ prętorẽ daturum in eum actionem. An ob id fortaſſe quod æquius ſit ei fauere & ſuccurrere cui per pœnã bona ſunt ablata, quàm qui alio modo bonorũ ſuorũ iacturam fecerit? Ita eſt, At non fauore illius qui pœnã ſui delicti paſſus eſt, (nec enim id Papinianus vnquã admitteret *l.Papinianus 20.verſ.ſed quod idem D.de minor.*) quin potiùs contẽplatione & fauore legis quæ in pœnam delicti ademit bona, Ne alioqui futurum ſit, vt nimis inhumana & crudelis videatur ſi eũ cui bona omnia abſtulit, nihilominùs à creditoribus ſuis cõueniri patiatur. In legis autẽ arbitrio poſitũ id eſſe an & quando is qui obligatus aliàs fuit deſinat eſſe obligatus, mirũ non eſt, cùm obligationes ciuiles, earúmque exercitiũ, id eſt actiones omnes ſint ex lege. Hoc verò ius liberandi per deportationẽ debitoris ab omni ære alieno quod ante ſententiã cõtraxerat, non tantùm ex ciuitatis, ſed etiam ex bonorum omnium amiſſione proficiſci, ex eo poteſt intelligi quod iam diximus, ſi quis amitteret ciuitatem retentis bonis, manſuram tamen cum obſtrictum vtilibus actionibus, quia deficiente ratione iuris quæ directas actiones dare poſſet, non deficeret tamen ęquitas, ex qua potiſſimùm vtiles actiones ęſtimari ſolent. Ergo è contrariò, ſi is qui amiſſis cum ciuitate bonis omnibus deſiit ſemel conueniri vnquã in poſſe, ſiue directis, ſiue vtilibus actionibus, poſtea in integrum reſtitutus ciuitatem duntaxat nõ etiam bona recuperet, iuris quidẽ ratio facere videtur vt priſtinis actionibus ſaltem vtilibus cõueniri poſſit, ſi nihil aliud actionẽ extinxiſſet, niſi quod ille & debitor & ciuis ſimul eſſe deſiiſſet, Sed cùm duplex ratio fuerit extinguẽdę obligationis, vna ciuitatis amiſſio, alia bonorũ, nec minùs hæc quàm illa inducat legis poteſtatem, vt non tantùm æquitatis & miſerationis ratione, ſed etiam ipſo iure obligatio extingueretur. Planè conſequens eſt, vt ſola ciuitatis reſtitutio non poſſit reſtituere obligationem & actionem ne quidem vtilem niſi bona etiam reſtituãtur. Ita vt ſi pars duntaxat bonorum reſtituta ſit, non niſi pro rata portione onus ęris alieni in reſtitutionis conſequentiam reuiuiſcat. *l.3.& 4.C.de ſentent paſſ.* Quam ob cauſam Papin. in *d.l.pen.De ſent.paſſ.* ita loquitur *cum eo qui debitor quondam fuit*, vt appareat debitorẽ amplius dici non poſſe illũ cui bona omnia cũ ciuitate adẽpta ſint, id eſt nõ magis in effectu actione aliqua conueniri poſſe quàm ſi debitor nũquã fuiſſet. Dices obligationẽ ſemel extinctã reuiuiſcere poſtea numquam poſſe *l.qui res 98.§.aream D.de ſolut.* Reſpondeo non tam hic omnino & abſolutè quàm interim extinctam fuiſſe, hoc eſt manente pœna cùm nec alia ratione videatur extincta quàm propter pœnam. Itaque ceſſaſſe potiùs videtur quàm extincta fuiſſe, vt Paulus loquitur in *d. §. aream verſ. diuerſum*, vbi tractat de ſeruo promiſſo qui ab hoſtibus captus fuerit, quem ſicut non poteſt negari factum eſſe reuera ſeruum hoſtium, ita nec dubitari quin non potuerit remanere in obligatione quandiu ſeruus hoſtium manſit *l.liber homo 103. D.de verb. obligat. l.id quod apud hoſtes 9. De legat. 1.* Sic igitur

L.vlt.§.vlt. D. quæ in frau.credit.

d.l.pen. D. de ſent.paſſ.

L. qui res 98.§.aream D. de ſolut.

L. liber homo 103. de verb. oblig.

& in proposito quandiu deportationis pœna manet cuius pars est bonorum amissio non tam obligationem omnino extinctam esse dicendum est, quàm interim cessare si postea contingat pœnam illam non esse perpetuam, sed extingui concessa restitutione. Sed & responderi potest, Nō esse nouum, aut absurdum, vt obligatio quę solius legis potestate fuerit etiam in totum si voles extincta eiusdem legis potestate per contrarium actum reuiuiscat, id est per in integrum restitutionem quę condemnationis vim & memoriam extinguat. Restitutis enim cū ciuitate bonis omnibus, nullus omnino color subest excludendorum creditorum quasi agant sine actione nisi fortè restituto hoc quoque indulgere volumus, vt se pœna & infamia sui sceleris tueatur, quod vtiq; non modò absurdum, sed etiam improbum esset *d.l.12.C.de sent.pass.* Prior tamen sententia magis arridet, vt obligationes durante pœna non tam extinctæ esse quàm cessare videantur, Alioqui si restitutæ essent & restitutorię, sequeretur vtiles non directas dici debere, vt & cæteras omnes quæ ex æquitate aliqua siue iuris potestate, siue officio iudicis restituūtur. Et tamen Papiniano placet in *d.l.3.* non vtiles eas esse quæ creditoribus post restitutionem competūt, sed directas. Quò etiā pertinet quod Vlp. in *d.l.2.eo.ti.* De *sent.pass.* ita scribit *actionibus exuere se quibus ante sententiam subiectus fuerat non poterit.* Significans nō obscurè actiones quę post restitutionem creditoribus dātur easdem illas ipsas numero esse obligationes quæ fuerant ante condemnationem. Nam si essent extinctæ non de veteribus exuendis, sed de nouis non suscipiendis tractari oporteret. Neque verò vnquam auditum est pœnam esse iustum modum tollēdæ obligationis, vt nec immunitatis alterius concedendæ *l. relegatorum 7.§.vlt.* D.*de interd.& releg.* Sed excipienda tamen videtur pœna per quam seruitus irrogatur. Hæc enim fieri non potest, quin ipso iure obligationem extinguat, non tanquam pœna, sed tanquam mors cui assimilatur *l.intercidit 59.in fi. de condic.& demonst.l.antep.De reg.iur.* Qui enim fit seruus non solū mori hoc ipso intelligitur, sed etiam sine herede quo etiam casu obligatio ipso iure extinguitur *l.1.§ idem Pomponius 14.D.depos.l.Stichū 95.§.1.in fi.De solut.l.5. in prin.* D.*vt legat.seru.caus.caueat.* Quò item pertinet quod scriptum est in *d.l.seruus 30.*De *obli.& action.* vbi tractatur de eo qui seruus pœnæ factus sit & libertati suæ postea restitutus. Quamquam si poneres in ea specie bonorum quoque factam restitutionem, dubitandum non esset quin restitutus pristinis actionibus conueniri posset, non quidem directis, sed vtilibus. Sic enim accipio *l.tutor 4.C.de sentent.pass.* Nam directæ esse nequeunt quæ semel extinctæ fuerunt, nec proinde eædem numero restituuntur. Extinguendi autem verbo hac in re vtitur etiam Vlpian. in *l.1.§.1.D.eod.titu.de sentent.pass.* Nec repugnat superioribus quod in eiusdem legis 2.initio scriptum est à Papin. Si deportatus restitutus dignitatem quidem indulgētia Principis recuperauerit in sua bona non sit restitutus, nec à creditoribus, nec publico nomine conueniri eum posse. Id enim nō tam ad ius quàm ad effectū actionis pertinet, id est non eum sensum habet, quasi nulla actio competat ipso iure, sed hunc potiùs vt quamuis competat exerceri tamen nullomodo possit, nimirum quia non potest exerceri, nisi impetretur, nec impetrari nisi detur à prætore cuius est tanquam ministri iuris ciuilis actiones omnes quantūuis ipso iure cōpetentes vel cōcedere petētibus, vel denegare *l.necessariis 57.D.de ac.hered.* Pretor autē nūquam patietur cōueniri eum cui videat omnia bona per pœnam esse ablata

d.l.vlt.

d.l.vlt.§.vlt.D.quæ in fraud.credit.l.7.§.vlt.de cap. minut. restituta licèt sit persona debitoris contra pœnam, ni fuerit ille in sua quoque bona omnia restitutus. Quo etiam modo & sensu dicimus eum qui bonis cessit, neque agere, neque conueniri posse *l.item si vnus 17.D.de recept.qui arbitr.* cùm tamen constet ex ea causa non tam extingui actionem quàm induci exceptionem ad actionẽ elidendam *l.1.C.qui bon.ced.pos.l.3.C.de bon.autor.iudic.possid.§.vlt.Instit.de replicat.* Immò nec si restitutus impetrauerit à Principe vt sibi liceat aliquid possidere etiam ex pristinis suis bonis, eo magis tamen vllatenus poterit conueniri *l.si debitor 3.C.de sent.pass.& restit.* quia hoc casu neque potest dici restituta ei fuisse bona, neque bonorum partẽ vllam, cùm certa res licèt sit ex bonis, nõ ideò tamen constituat partem bonorum. Bona enim cùm dicimus vniuersitatem intelligimus, id est tale aliquid quod sit iuris quodque in iure non in corpore consistat, vt & cùm dicimus hereditatem *l.3.in prin.& §.1.De bonor.poss.* Omnium autem eorum quæ in iure consistunt proprium illud est, vt partes habeant homogeneas, id est eiusdem naturæ & quæ etiam iuris sint, & incorporales non eterogeneas & quæ sint corporales, vt in hereditate cernere est *l.interdũ 13.§.1.l.seruum 50.§.vlt.de her.inst.l.quamuis 14.si quis omiss.caus.test.* Nam & ratio propter quam is cui bona restituta sunt, vel in totum, vel pro parte, incipit rursum teneri suis creditoribus saltem vtilibus actionibus illa est, nõ quia bona cùm dicimus ea intelligere solemus quæ supersunt deducto ære alieno *l.mulier 72.De iur.dot.l.subsignatum 39.§.1.De ver.signific.* (nõ enim esset quod de actionibus vllis tractari posset si bonorum restitutio non nisi deducto ære alieno facta esse intelligeretur quamquam & hoc sensu certum est non posse deduci æs alienum ex re certa, & singulari *l.cogi 16.§. inde quæritur 3. ad SC. Trebell.*) Sed quia ne ante restitutionem posset damnatus cõueniri, faciebat nõ tantùm ratio iuris, verùm etiam æquitatis quòd ille non modò ciuitatem, aut etiam libertatem, sed & bona sua omnia amisisset, vt suprà diximus ex *d.l.vlt. in fin. quæ in fraud.credit.* Idque ex eo apparet quod si amissa ciuitate bona retinuisset nihilominùs vtilibus actionibus conueniri potuisset *d.l.14.in fin.de interd.& releg.* ergo restitutis ei bonis, siue in totum, siue pro parte, vtiles actiones restitui ęquum est, Scilicet ex æquitate contraria illi quæ faciebat ne bonis suis spoliatus actione vlla conueniri posset. Porrò non aliter æquitas hæc resurgit quàm si restituta sint bona, vel pars bonorum, quia nec res aliqua singularis fuerat ablata, sed vniuersitas bonorum. Alioqui restituto etiam fundo aliquo non eo minùs verum est manere pœnam quę antea fuit irrogata ademptionis bonorum. De actionibus, quæ ipsi deportato ante deportationem cõpetebant aduersus suos debitores minùs dubitari potest. Certum enim est nõ perimi eas per pœnam deportationis, sed remanere in causa bonorum publicatorum, vt loquitur *l.si ademptis 5.C.eod.tit.De sentent.pass.* & consequenter, vel remanere apud fiscum si restitutio facta sit ciuitatis duntaxat non etiã bonorum, vel ad restitutum cum ęteris bonis redire, si bona quoque omnia restituta proponantur: quod nõ similiter de ære alieno dici potest, quod cùm sit alienum, vtique non potest esse in bonis condemnati, nec per publicationem bonorum transire ad fiscum, vt possit fiscus à creditoribus delinquentis conueniri. An ergo iacturam patientur creditores si fortè, vel nulla, vel minùs plena, id est sine bonis restitutio facta sit? Minimè. Nunquam enim ad fiscũ pertinere bona vlla possunt, nisi quæ creditoribus superfutura sint, id est quæ su-

tura sint reliqua post dimissos creditores *l. non possunt* 11. D. *de iur. fisc.* vbi rationem Iauolenus reddit, quia id bonorum cuiusque esse intelligatur, quod æri alieno superest. Idque est quod dici solet non priùs fisco pœnam esse petendam, quàm creditores suum recuperauerint, scilicet, vt priuilegium in pœna contra creditores non exerceatur, non autem vt ius commune priuatorum fiscus amittat si fortè sit ille quoque ex creditoribus, & ex anterioribus quemadmodum interpretatur Papin. in *l. quod placuit* 37. *l. Statius* 48. *§. vlt. eod.* Qui etiam sensus est *tit. C. pœn. fiscal. credit. præferr. lib.* 10. *tit.* 7. in cuius tamen lege vnic. vereor ne mendum sit in illis verbis *sicut itaque in sortis quantitate fisci persecutio potior est*, legendúmque potiùs ni fallor *furti* pro *fisci*. Tractat enim illa lex, vt sequentia demonstrant de condemnatione facta ex causa furti manifesti quæ lege 12. tab. constituta est quadrupli *§. pœna Instit. de obligat. quæ ex delict. nasc.* sed ita tamen vt in quadruplo illo insit simplum quo rei persecutio significatur *l. in furti* 50. *D. de furt.* Sensus igitur est furti quidem persecutionem in sortis quantitate, id est in simplo potiorem esse fisco, sed non in triplo quod pœnæ nomine debetur, quia sicut creditor in eo quod suum persequitur, potior est, ita & fiscus in pœna. Et verò si ita legas, vt fisci persecutio potior sit, quæro quibus erit potior? An aliis creditoribus? Atqui hoc falsum est si fiscus ipse non sit creditor. At neque sufficiet esse creditorem nisi sit etiam anterior, quo casu non iure fisci, sed iure communi tanquam alius creditor quilibet præfertur. Quid rursum iuxta hanc interpretationem commune haberet lex cum suo titulo? Quid denique sibi vellent quæ sequuntur de triplo? At cùm titulus ostendat agi de creditore qui in eo quod est creditor præferendus sit pœnis fiscalibus, optimè quadrabunt omnia si ponamus creditorem, cui quadruplum ex furti condemnatione debebatur, cum fisco contendere, Eámque legis sententiam esse, vt in triplo propria forma seruetur, id est iure suo fiscus vtatur & ratione pœnæ sibi adiudicatæ præferatur, in simplo verò postponatur. Facillimè autem potuit hoc mendum nasci ex similitudine dictionum, *furti* & *fisci*.

ILLATIO V.

De tutore in metallum damnato & restituto.

L. tutor 4. C. de senten. pas. & restit.

QVintò ex eodem Principio fit quod scriptum est in *l. tutor* 4. C. *de sent. pass. & restit.* tutorem in metallum damnatum, & postea ex indulgentia generali regressum, quanquam locupletior sit, tamen actione tutelæ administratæ non aliter teneri quàm si ex gratia sentẽtiæ facta specialiter statũ pristinum cum bonis omnibus recuperauerit. Restitutio enim & quidem quæ plenissima sit, id est quæ bona quoque comprehendat sola illa est, quæ facit, vt condemnatus post restitutionem conueniri vtiliter possit, id est vtili actione non directa. Sic enim locum hunc accipiendum esse iam diximus & probauimus illatione præcedente. Quod verò lex ait *quamquam locupletior sit* ostendit apertè, rationem quæ faciat, vt contra eum cui bona adempta sunt actio dari minimè debeat, non illã esse quòd non possit non inutilis esse actio quã debitoris inopia excludat *l. nam is.* 6. *D. de dolo* (cessaret enim ratio hæc in tutore isto qui post restitutionem locupletior aliunde factus esset) sed illam potiùs quod

quod cùm per amissionem bonorum suorum pœnæ nomine irrogatam fuerit semel liberatus, eáque pœna non eo minus etiamnum duret, quod aliunde locupletior sit, eadẽ semper æquitas subest quę mouere prętorẽ debeat ne illũ cui bona omnia per pœnam adempta esse videat à creditoribus suis conueniri patiatur, vt superiore illatione disputauimus ex *l. vlt. §. vlt.* D. *quæ in fraud. cred.* *l. tutelas* 7. *§. vlt. D. de capit. minut.* Vnde est quod si tutoris istius bona non ob pœnã, sed ob pecuniam debitam à fisco occupata essent, nõ eo minùs maneret ille cum suis fideiussoribus propriis creditoribus obligatus *l.* 3. *in fin.* C. *eod. tit.* De *sentent. pass.* Sicut & de illo dici solet, qui cùm soluendo non esset bonis cessit creditoribus suis *§. vlt. Inst. de replicat.* iunct. *l.* 1. *C. qui bon. ceder. poss. l.* 3. *C. de bon. autor. iudic. possid.*

L. vlt. §. vl. quæ in fraud. credit.

L. 3. in fin. C. de sent. pass.

ILLATIO VI.

De restituto aduersus deportationem factam ex annotatione Præsidis.

SExtò ex eodem Principio fit, vt qui ex Principis indulgentia reuersus est ad lares suos vereri non debeat ne ex annotatione Præsidis quæ iam abolita sit calumniam patiatur *l. cùm indulgentia* 10. *C. de sentent. pass.* vbi ratio dubitandi illa erat, quod restitutio fuerat impetrata contra deportationem. Præses autem non deportauerat, sed vt fieri olim moris erat, adnotauerat deportandum *l. inter pœnas* 6. *§.* 1. *D. de interd. & relegat.* quo loco Vlpianus refert Pręsides prouinciarum deportandi ius non habuisse. Itaque non videbatur hic restitutus contra factum Præsidis, hoc est contra factam ab ipso adnotationem, quæ proinde etiam post impetratam restitutionem aliquam prioris infamiæ maculam retinere credi poterat, saltem, vt calumniæ materiam ei præbere posset, qui restitutum hunc lacessere voluisset. Verùm lex ait non esse hoc verendum, nec dubitandum quin abolita per indulgentiam deportatione ipsa quoque præsidis adnotatio abolita sit quæ deportationem præcesserat, & deportationis faciendæ causam præbuerat.

L. cùm indulgẽtia 10. C. de sent. pass. & restit.

L. inter pœnas 6. §. 1. D. de inter. & releg.

ILLATIO VII.

De vetere lite quæ deportationem præcesserat post restitutionem repetenda.

SEptimò ex eodem Principio fit quod scriptum est in *l. casus* 11. *eod tit. C. de sentent. pass.* Casum eius qui fundi mouerat quæstionem, ac postea fuerat deportatus si ex benignitate ac indulgentia Principis impetrauerit restitutionem cum bonis, pristinum causæ statum non immutasse, id est, non posse facere, vt ei necesse sit nouam litem instituere quasi priore per deportationem mortua, vt loquitur *l.* 2. *D iudic. solui.* sed perinde cœptam litem prosequi eum posse acsi deportatio nulla intercessisset. Ex vi scilicet naturáque restitutionis quæ omnia redintegrat in pristinum statum quotiescumque tam plena est, vt etiam bona cæteráque vniuersa comprehendat. Propter quam causam illa etiam in integrum restitutio quæ non à Principe, vt hæc de qua agimus, sed à Prætore alióve magistratu impetratur, nihil aliud esse dicitur, quàm redintegrandæ rei, vel causæ actio, vt Paulus definit

L. casus 11. C. de sentẽt. pass.

Lis mortua.

Restitutio in integrũ prætoria.

*lib.1.sentent.tit.7.De integr.restit.*facit *l.1.& 2.C.si aduers. transact.* Quò etiam alludunt Imperatores in *d.l.frustra* 8.C.*de sent.pass.*in illis verbis.*Per huiusmodi enim indulgentia occasionem integrari dominium prius non placuit.*

L.frustra 8. C.de senten. pass.

ILLATIO VIII.

De restitutione patriæ potestatis amissa per deportationem.

L.vlt. eod. tit.

OCtauò ex eodem Principio fit quod Constantinus Imp.cõstituit in *l.vlt. eo.tit.*vt si patri deportato dignitas ac bona restituta sint, hoc ipso patria quoq;potestas restituta intelligatur,etsi nulla illius specialis mentio facta proponatur. Quæ fuit iam olim Papiniani sententia ab Vlpiano tamen & Paulo in notis quas ad Papinianum scripserunt,vt idem Constant.refert,improbata. Nam cùm aliquando ex facto contigisset,vt patris ita restituti filius testamentum fecisset tanquam qui per patris deportationem semel à patria potestate liberatus,nec in eam postea reuersus fuisset, putabant Vlpianus & Paulus valere testamentum vtpote à patrefamilias factum,Papinianus verò contra non valere,quasi quod non ab alio quàm à filiofamilias factum dici posset.Pro Vlpiano & Paulo illud faciebat quòd restitutio dignitatis & bonorum nihil nisi dignitatem & bona redderet restituto,Patri verò potestas,neque dignitas,neque bonorum appellatione contineatur.Alioqui dicẽdum esset minorem dignitatem,aut minùs dignitatis habere patrem posteaquàm filium emancipauerit quàm antea habuisset quod falsum est. Itémque locupletiorẽ videri patrem qui filiumfamilias habet,quod tamen multominùs dici potest, cùm nec locupletior factus dicatur ille qui libertũ adquisiit *l.nemo prædo est* 126.*§.1.De regul.iur.l.precia rerum* 63.*in fin.D.ad leg.falcid.*non alia vtique ratione quàm quòd tam filiusfamilias quàm libertus liber sit, homo autem liber in cuiusquam bonis & dominio haberi non possit, at ne quidem in commercio esse. *l.1.§.si id quod* D.*de oblig.& act.l.liber homo* 103.*De verb. obligat.* Quàm autem strictè accipiendum sit beneficium restitutionis ex eo apparet quod in eã nũquam veniunt bona si non de iis quoque nominatim & specialiter actum sit, quod nec Papinianus ipse negaret,Sicut nec dubitare quisquam posset quin facta patriæ & dignitatis non etiam bonorum restitutione, patria potestas restituta nõ diceretur *d.l.si pater* 9.C.*de sent.pass.*Cur ergo ob id magis repetita videbitur,quod bonorum quoque mentio facta sit cùm bonorum appellatione non contineatur? In eámque rem extat perelegans eiusdem Papiniani responsum in *l.impuberi* 40.D.*de admin.tutor.*vbi ait ille nullum esse priuilegiũ militis in dando tutore,quia militum imperitiæ venia detur, tũc tantùm cùm de bonis suis testantur,tutela autem non ob militię premium,inquit, sed iure patriæ potestatis mandatur.Quibus verbis an nõ manifestissimè significat patriam potestatem esse quid merè personale,quod bonis adnumerari nullomodo possit?Sed tamen pro Papiniano illud valde facit quòd non modò durum, sed etiam absurdum videatur ei cui patria,cui ciuitas,cui dignitas,cui bona omnia restituta sint, non restitui patriam in liberos suos potestatem, quam si non habeant,nullos iure ciuili filios habere videatur, cùm ius ciuile non alios quàm qui filiifamilias sint pro filiis agnoscat. Tantóque magis amplectenda est Papiniani hæc sententia,quòd non tantùm patri fauorabilis est, sed etiam filio

Papiniani ab Vlpiano & Paulo dissensio.

L.si pater 9. eod.tit.

L.impuberi 40. D. de admin. tutor.

filio cuius quoque intereſt reuerti in patriam poteſtatem & ſui heredis iura quæ per patris deportationem amiſerat,recuperare vt ſupra pluribus diſputauimus ſuo loco,id eſt ad *tit. De patr.pot.* Igitur Papiniani ſententiam quaſi benigniorem & fauorabiliorem amplectitur Conſtantinus, ſancitque vt filius ſit in poteſtate patris cui dignitas ac bona reſtituta ſunt. Ita tamen, inquit lex, vt geſta per filium cuius conſilia ætas legitima firmauerat rata ſint, eodem in patriam poteſtatem redeūte,ne alioqui eorum reſciſſio efficiat,quod maximè abſurdum fuerit,vt eodem tempore nec in ſua,nec in patris ſui poteſtate filius fuiſſe videatur. Quæ exceptio ad ea confirmanda pertinet, quæ patris pœna durante filius in ciuitate geſſerit & perfecerit, Non etiam ad teſtamentum ſi quod filius interim feciſſe proponatur. Quantumuis enim factum ſit eo tempore quo filius erat ſui iuris ſublata per deportationem patria poteſtate, non eo magis tamen fieri poteſt vt valeat reuerſo quandoque filio in poteſtatem,cùm mortis præcipuè tempus ſpectandum ſit, quo demum tempore teſtamenta omnia per legem confirmantur, fieri autem nequeat vt filiusfamilias quiſquam decedat cum teſtamento. Neque verò diſputatum fuerat inter Iureconſultos de teſtamento quod filius feciſſet ſui iuris cōſtitutus,ſed, vt prima legis verba habent,quod feciſſet *patre remeante*,id eſt ſuis laribus & bonis omnibus iam reſtituto. At illud difficilius videtur, quam ætatem legitimam Conſtantinus intelligat, An incipientis pubertatis, an completi anni viceſimi quinti. Sequitur enim *minores enim ætate* & paullò pòſt *omniáque minoris diſpendia ſuis ipſe damnis præſtet.* Quo minoris nomine certum eſt in legibus noſtris eum ſignificari,qui pubes quidem ſit,ſed tamen annum viceſimumquintum nondum compleuerit vt in *tot.tit. De minor. & de integr.reſtit. minor.* At in contrarium vt minorem pro impubere dixerit Conſtant. illud mouet, quod ſequentia oſtendunt tractari de eo minore cui poſt patris deportationem datus fuerit tutor,qui porrò non niſi impuberi dari & ſolet & poteſt. Item quod non aliis quàm impuberibus iure prohibitum eſt ne quicquam agere poſſint, cùm placeat puberes non ſolùm ſi curatorem nullum habeant qui caſus multò minùs dubitabilis eſt,ſed etiamſi habeant,ſine curatoribus ſuis, rectè obligari *l.puberes* 101. D*e verb.obligat.* vt puta nuptias contrahere *l.ſciendum* 20.D. *de rit.nupt.* accipere ſolutionem *l.ait prætor* 7.§.1.D*.de minor.* deferre iuſiurandum *l.nam poſteaquàm* 9.§.*ſi minor* D. *de iureiur.* hereditatem adire *l. cùm in vna* 17.§.*tutor* D.*de appellat.* aditámque reſtituere *l.*1.§.*curatori* D.*ad SC.Trebell.* Denique etiam vendere dum ne habeat curatorem *l.*3.*C.de in integ. reſtit. minor.* Ergo verius eſt minorem pro impubere dici à Conſtantino, Sicut è cōtrariò plerúmque pupillum dicimus pro adulto qui pupillus aliquando fuerit,vt pupillam pro puella eáque adulta dixit Iurec. in *dict.l.ſciendum* D.*de rit. nupt.* De pupillæ ſiquidem nuptiis certum eſt tractari non poſſe quandiu in ea ætate eſt.*l.minorem* 4.*eod.tit.* Neque verendum eſt,ne hæc noſtra interpretatio damno afficiat minorem qui fortè in illa ætate per inconſultam facilitatem & leuitatem gerendis negotiis fuerit deceptus. Nihil enim aliud agimus cum Conſtantino, niſi vt ea quæ minor in ciuitate geſſerit patre deportato non reſcindantur ipſo iure,ſed illa duntaxat quæ nec ſi patrem nullum hic filius habuiſſet ipſo tamen iure valere potuiſſent. Cæterùm non excludit ea res beneficium reſtitutionis ſi fortè pater reuerſus patriæque poteſtati reſtitutus, velit aduerſus ea quæ filius damnoſè geſſerit impetrare ex edicto prætoris reſtitu-

De teſtamēto facto per filiumfamilias durante deportatione patris poſtea reſtituti.

d.l.vlt.C.de ſentent.paſſ.

L.puberes 101.De ver. oblig.

Minor ſine curatore ſuo multa facere poteſt.

L.ſciendum D.de rit. nupt.

tionem in integrum, quæ & ipsi filio competijsset si sui iuris mansisset. Quidni enim idem auxilium competet patri cuius iam incipit interesse & de ipsius re agi non de re filij ex quo instanti recuperauit & bona sua omnia & patriā potestatem? *l.3.§.Pomponius adiicit 9.l.patri pro filio 27.D.de minor.* Idque indubitatum est si non de aliis bonis filius absente ac deportato patre contraxisse proponatur quàm quæ fuerant patris, & ad reuersum patrem reuerti debeant: cùm in iis patre reuerso nullum sit ius filij sed totum patris, cui proinde non tam filij quàm suo proprio nomine restitutionis auxilium contra minoris, & decepti filij factum superesse debet. Sed si filius de bonis aliunde sibi quæsitis contraxisse proponatur, puta de bonis maternis, quorum iam tùm facti erant capaces filiifamilias ex alia eiusdem Constantini constitutione quæ extat in *l.1.Cod.de bon.matern.* non poterit pater nomine proprio impetrare restitutionem sed nomine filij tantùm at non ipse filius patre consentiente suámque autoritatem præstante, quia ad solū patrem pertinet actiones & suscipere & mouere, adhibito tamen filij consensu nisi ille vel in prima ætate sit, id est in infantia vel longè absit vt ait Iustin. in *l.vltim. §. vbi autem in vnum C. de bon. quæ liber.* Quòd si filius impubes aliquid contraxerit absente & deportato patre, id vel ipso iure nullum est si factum sit sine tutoris autoritate, vel ipso iure valet si tutoris autoritas interuenerit, Peræquè tamen restitutionis auxilium patri competet ex causa læsionis si filius læsus probetur. Nam & idem remedium exerceri posset à tutore nomine pupilli: *tot. tit. Cod. si tut. vel curat. interuen.* Cur non ergo & ab ipso patre siue suo, siue filij sui nomine cùm sit ille plus quàm tutor, qui est pater. Tutor enim non nisi vice patris est, vt pupilli & personam & patrimonium tueatur, & augeat, quod patris officium esse addit Constantinus in *dict. l. vltim.* vbi hanc ob causam constituit vt si damnato patre tutor datus sit filio impuberi, necesse sit ab officio suo illum recedere, regresso patre quem non solùm nomine redire, sed etiam officium suum, inquit, nulla prauitate corruptum liberis præbere oporteat vt eorum bona tueatur, & augeat. Nam si patria potestate ad corrumpendi atque effundendi patrimonij licentiam abutatur non vult Constantinus committi pecuniam, id est bona filiorum tali patri tanquam furioso, dementi ac prodigo libidinum omnium vitiorúmque seruo, quin potiùs repellatur ab administratione, vt in specie *l.imperator 50.D.ad SC.Trebell.* neque tutor esse desinat is qui anteà fuerat, id est absente & deportato manente isto patre. In quo tamen mirum sanè illud est, & à regula iuris omnino alienum, quòd hic filius in patris sui quantumcunque prodigi & furiosi potestate constitutus, tutorem nihilominùs habere possit in cuius quoque sit potestate. Ita namque fit, vt simul & eodem tempore sit in potestate duorum quod non magis fieri potest, quàm vt ex duorum patrum iustis nuptiis quæsitus videri possit, cùm ius potestatis in caput liberum, proficiscatur ex iustis nuptiis: potestas autem tutoris quæ non ex iustis nuptiis sed vel ex patris voluntate, vel ex magistratus autoritate nascitur, non nisi vicaria est patriæ potestatis, & ob eam causam cum ea concurrere nunquam potest. Qua ratione defendi meo iudicio non malè possit Constantinum hoc in loco minùs propriè tutoris nomen vsurpare pro administratore, ne alioqui fatendum sit tam absurdam rem ab eo constitutam fuisse vt qui in patris potestate est, nihilominùs habeat tutorem: Cùm ne quidem ei qui sine patre est, si tamen iam habeat tutorem, alius tutor dari possit, sed

L.3.§. Pomponius adiicit 9. l.patri pro filio 27. D.de mino.

L.1.C de bon. mater.

L.vlt.§.vbi autem in vnum C.de bon.quæ lib.

d l.vlt.C.de sentent.pas.

l.Imperator 50.D.ad SC.Trebell.

Tutoris nomen sumptum pro administratore.

sed curator tantùm si quid sit ad quod iam dati tutoris autoritas sufficere non possit, aut in alterius non idonei locum alius idoneus substitui *l.4.& tot. tit.C. in quib.caus.tutor.hab.* At ei qui patrem furiosum vel prodigum habet, quamuis non eo minùs in patris sui potestate retineatur, nihil prohibet dari administratorem quandoquidem longè differt ius potestatis à iure administrationis *d.l.sciendum* 20.D.*de rit.nupt.d.l.vlt.vers.sin autem in secunda* C. *de bon.qua liber.* Sed & illud valde nouum & singulare est quod ibidem Constantinus præcipit, vt pater qui post restitutionem à se impetratam contra pœnam deportationis, malè ac impiè filii sui rem administrauit, omnia filij dispendia suis ipse damnis præstare sarcireque debeat. Non enim potest ius patriæ potestatis pati, vt pater quantumuis prodigus & dissipator, patrisve bona filio pro administratione sint obligata *l.cùm oportet* 6.§.*non autem hypothecam* C. *de bon. qua liber.d.l.Imperator* 50. *ad Trebell.* Sed quamquam id à iuris ratione alienum est, potuit tamen Constantinus pro arbitrio lædere ac imminuere ius patriæ potestatis, quam ipse liberaliter tum etiam cùm restituta verè non fuerit, pro restituta habet, & interpretatur. Cætera quæ in eadem constitutione sequuntur, nullam habent difficultatem.

L.cùm oportet 6. §. non autem hypothecam C.de bon. qua liber.

ILLATIO IX.

De muliere damnata in metallum & restituta post filium editum quem prius in eo statu conceperat.

NOnò ex eodem Principio fit quod Paulus scribit in *l.vltim.D. eod. tit.De sent.pass.* in metallum damnatæ mulieri quæ filium quem priùs conceperat in eo statu edidit, si deinde à Principe restituta sit etiam cognationis iura restituta videri, Dubitandi enim ratio erat, quia non potest restitutio reddere quod numquam amissum fuerit, In proposita verò specie iura cognationis minimè amissa fuisse videantur per damnationem in metallum, cùm eo tempore nôdum cœpissent. *l.Titio vsusfructus* 96.*D.de condic. & demonstr.* Siquidem cognationis iura vt nomen ipsum demonstrat, non nisi à natiuitate incipiunt *l.*1.§.1.D.*vnd.cognat.l.*4.§.1. *D. de gradib. & adfin.* Non potuerunt autem hîc incipere à natiuitate filij qui eo tempore natus est quo mater iam pro mortua habebatur propter condemnationem, atque ita per ipsam quoque rerum naturam erat incapax contrahendæ cognationis, Cùm ad constituenda cognationis iura necesse sit & eum qui cognatus sit & eum cui sit viuere vtrumque, vt relatio duobus extremis contineatur, sine quibus nec intellectu percipi potest *d.l.*1.§.*si quis proximior in fin.*D.*vnd cogn.l.Titius* 6.D.*de suis & legit.* Sed tamẽ humanius est vt Paulus ait, cognationis quoque iura huic mulieri restituta videri, ne quemadmodum in præcedenti illatione pro Papin. dicebamus, alioqui eueniat vt mulieri cui cætera omnia & preciosissima & vilissima quæque restituũtur, solus filius eripiatur. Dicet aliquis nõ esse necesse vt ad hanc humanitatis rationẽ confugiamus, cũ ad cognationis iura cõstituenda sufficiat eum qui cognatus sit conceptũ esse viuo eo cui cognatus fiat *l.vel viuo* 7.*eod.tit.De suis & legit.* Respondeo id verè dici quoties in ea re fauor versatur eius qui in vtero fuit, quoniã qui in vtero sunt pro natis habẽtur, quoties de ipsorũ cõmodis agitur, puta vt iure sui heredis vel agnationis vel cognationis succedere possint *l.qui in vtero* 7.*l.*26.*D.de stat. homin.* vel vt ingenui existimentur *l.*5.§.*ingenui l.Imperator* 18.*D.de stat.hom.* Aliud enim esset si post dãnationẽ in metallũ

L.vlt.D.de sent.pass.

L. vel viuo 7.D.de suis & legit.

conceptus quis proponeretur ex ea, quæ iam serua pœnæ facta esset. Nam & hic quoque seruus nasceretur *l.generaliter* 24.§.*ex damnata* D. *de fideic. libert.* At in proposito non agimus de fauore filij qui damnationis tempore fuerat conceptus, sed de fauore matris quæ post conceptionem damnata fuerat in metallum, Cuius vtique intuitu illud recipi non potest vt filius priusquàm natus fuerit habendus sit pro eo acsi natus fuisset. Replicabis fortasse, immo verò necessariam esse hanc fictionem ne alioqui ex muliere iam mortua filius natus existimetur. Sed respondeo nil esse necesse vt ob eam rem fictio inducatur, cùm nec per rerum naturam impossibile sit, vt ex matre iam mortua filius producatur in lucem, vt in iis euenit qui ex cæso matris vtero viui trahuntur, qui & ideò posthumorum loco habentur *l.posthumus* 6.*in fin princ.D. de inoff. test.l.quod dicitur* 12.D.*de liber.& post.* Sic & aliquando euenit quod magis mirum est vt filius sine vllo patre natus esse intelligatur vt in eleganti specie *l.* 1. C.*de postlim.*

L.1.C.*de postlim.*

ILLATIO X.

De codicillis factis à deportato in insulam, & postea restituto.

DEcimò ex eodem Principio fit vt si quis in insulam deportatus codicillos ibi fecerit, & indulgentia Principis restitutus iisdem codicillis durantibus decesserit, possit defendi valere fideicommissum si in eadem voluntate durauerit *l.1.§.si quis planè De legat* 3. Nempe propter vim & potestatem restitutionis, iuncto codicillorum iure, quod tale est vt nullas requirant illi iuris sollennitates, sed nuda contenti sint voluntate illius qui codicillos facit. Itaque aliud esset in testamento si quod deportationis tempore factum proponeretur. Non enim conualesceret per impetratam postea restitutionem, quia testamentum non quælibet, nudáque sed iusta & sollennis est voluntatis nostræ sententia *l.1. D.qui testam.facer.poss.* Inter cæteras verò sollennitates vna illa necessaria est vt ab eo factum sit testamentum qui vtroque tempore & testamenti & mortis habuerit factionem testamenti *l.eius qui* 8.*eod.ill. tit.* Restitutio autem non potest facere vt testator testamenti factionem habuerit eo tempore quo testamentum fecit, cùm esset tunc deportatus, quia sicuti restitutio non facit quin deportatio reuera præcesserit, quam è contrario præcessisse supponit *l.vlt.*C.*de gener.abolit.* ita nec facere potest quin verum semper sit factum fuisse testamentum eo tempore quo pœna deportationis durabat, & consequenter quo testamenti factionem habere testator non poterat. Sicut & postliminii fictio, quæ plus potest quàm restitutio, quia tota meri iuris est, licèt faciat vt ciuis captus ab hostibus si in ciuitatem redierit, semper in ciuitate fuisse nec vnquam ab hostibus captus fuisse retrofingatur, facere tamen non potest vt conualescat testamentum quod factum fuerat apud hostes, vt eleganter & apertè scriptum est in *d.l.eius qui*, Nimirum quoniam retrofictio illa hoc ipso quod coniungit instans reditus cum instanti captiuitatis, facit potiùs vt testamentum quod apud hostes factum reuera fuit, numquam factum fuisse videri debeat, tanquam scilicet factum eo tempore quod numquam fuerit, aut vt dicam veriùs, cuius memoria per hanc postliminij fictionem penitus deleatur.

L.1.§.si quis planè de legat.3.

Differentia inter testamentum, & codicillos.

L.eius qui 8.qui testa. facer.poss.

PRIN.

PRINCIPIVM IIII.

De relegatis.

Relegati ſicut ciuitatem retinent, ita & cum ciuitate patriam poteſtatem, Et è contrario ſi patris in ciuitate manentis liberi relegati ſint, remanent in parentum ſuorum poteſtate. *§. relegati hoc tit. l. relegati* 4. D. *de interd. & releg.* vbi Marcianus ſcribit, relegatos in inſulam in poteſtate ſua liberos retinere, quia, inquit, & alia iura ſua omnia retinent. Tantùm enim eis inſula egredi non licet. Immò quod magis eſt bona quoque ſua retinent, quæ tamen nihil prohiberet amitti retenta ciuitate, vt olim amittebantur ante Traiani reſcriptum quod extat in *l. 1. eod. tit.* in hæc verba Seio relegatorum bona auaritia ſuperiorum temporum fiſco vindicata: Sed aliud clementiæ meæ conuenit, qui inter cætera quibus innocentiam retinui meorum temporum (ſic enim locum illum emendo qui aliter conſtrui non poteſt) hoc quoque remiſi exemplum. Quibus verbis videtur Imperator optimus luſiſſe in antitheſi quæ eſt in verbis illis *retinui*, *remiſi.* Non enim potuit meliùs retinere ſuorum temporum innocentiam, quàm ea remittendo quæ priorum imperatorum auaritia malo exemplo in rempublicam inuexerat. Hoc tamen reſcriptum ita accipiendum eſt vt hodie relegationis pœnam non concomitetur neceſſariò, quomodo olim, pœna publicationis, & ademptionis bonorum, non etiam ita, vti ne poſſint hodie quoque adimi bona relegato ſi delicti grauiùs ita exigere videatur. Poſſunt enim adimi ſaltem pro parte quomodo accipiendum eſt quod ſcriptum legimus in *l. deportatorum* 8. *C. de pœn.* Eorum ſcilicet qui non ad tempus, ſed in perpetuum relegati ſunt vt Marcianus tradit in *dict. l.* 4. Nam cùm & ad tempus & in perpetuum relegari quis poſſit, illud quidem vtrique relegationi commune eſt, quod relegatus perinde ciuitatem romanam retinet, & teſtamenti factionem non amittit, ſed tamen differentia illa eſt, quòd in perpetuum relegatis pars bonorum adimi poteſt, non etiam iis qui ad tempus *l. relegatorum* 7. *§. ſiue ad tempus & ſeq. eod. tit.* vbi ſcribit Vlpianus reprehenſas fuiſſe ſententias eorum qui ad tempus relegatis partẽ quoque bonorũ ademerunt, ſic tamen, inquit, vt nõ ideo infirmarẽtur ſententiæ, quæ ita eſſent prolatæ. Quippe quę nõ apertè & directò cõtra leges, reſcriptáve Principũ latæ dici poſſent vt in *l. ſi expreſſim* 19. *D. de appell. l. 1. §. itẽ cũ cõtra D. quæ ſent. ſin. appell. reſcind.* Non enim reſcripta Imperatorum ſic concepta ſunt vt prohibeant adimi partem bonorum ei qui non niſi ad tempus relegatus ſit, ſed ſic tantùm vt oſtendant relegatis iſtis partem bonorum adimi non debere, quo verbo non illud etiam ſignificatur adimi non poſſe. Aliud enim eſt ſi quis dicat non poſſe, quod Imperatores non dixerunt, Aliud verò non debere. Ideò autem Marcianus in *d. l.* 4. loquitur de relegatis in inſulam, non quòd alia non ſint genera relegatorum, ſed quia omnium peſſima condicio eſt eorum qui in inſulam relegantur. Cæterùm ſunt etiam qui relegantur ſimpliciter, id eſt ita vt prouinciis interdicatur eis non etiam inſula adſignetur, vt Vlp. tractat in *d. l. relegatorum*. Et hæc vna differentia ex iis eſt quæ ſunt inter deportationem & relegationem. Nam deportatio non aliter quàm in inſulam fieri poteſt. Quamquam illo etiam caſu, quo in inſulam relegatio fit,

§. relegati hoc tit. l. 4. D. de inter. & releg.

L. 1. eod. tit. emendata.

L. deportatorum 8. C. de pœn.

L. relegatorum 7. §. ſiue ad tempus & ſeq. D. de inter. & releg.

Relegatorũ varia ſpecies.

Differentia vna inter deportationem & relegationem.

multum differt à deportatione, quia deportatio semper adimit ciuitatem vt diximus *Princip.2. supr. eod.* Ob idque ius deportandi in insulam ne quidem præsidibus prouinciæ datum est, quamuis præfecto vrbi detur. *L. inter pœnas 6. in princip. & §.1. eod.* At in insulam relegare præsides prouinciæ possunt, Sic tamen vt si quidem insulam sub se habeant id est pertinentem ad formam eius prouinciæ quam administrant, eam specialiter insulam adsignare possint, idque eam relegare, Si verò non habeant, pronuncient quidẽ in insulam se relegare sed scribant Imperatori vt ipse insulam adsignet. Cæterùm non possunt damnare in eam insulam quam non habent in ea prouincia cui præsunt. Interim quoad Imperator insulam adsignet militi tradendus est is qui relegatus fuit, vt idem Vlp. scribit in *d.l. relegatorum §.1.* In quo tamen solet mirum videri nec abs re, cur Præsides prouinciarum non habuerint ius deportandi & eo modo ciuitatem adimendi cùm habuerint ius gladii quod longè maius fuit, & generaliter constet ex omnibus causis de quibus vel præfectus vrbi vel præfectus prætorio, itémque Consules & prætores cæteríque romæ magistratus cognoscunt, rectorum & præsidum prouinciæ notionem eam esse, proptereà quòd is qui prouinciæ præest omnium romæ magistratuum vice & officio fungi debeat, tanquam qui in ea prouincia imperium habeat maius omnibus post Principem *l.4. l. ex omnibus 10. cum duab. seqq. D. de offic. Præsid.* iunct. *l.1. De offic. præf. vrb. l.3. D. de iurisdict.* Atqui præfectus vrbi sine dubio habuit ius deportandi etiam inconsulto Principe *l.2. §.1. D. de pœn. d. l. 6. §.1. De interd. & relegat.* Cur non ergo & præses? Maximè cùm habuerit ius in metallum damnandi, atque ita non ciuitatem duntaxat, sed etiam libertatem adimendi? *l. in metallum 22. D. de pœn.* An non debuit cui licebat quod plus erat etiã quod minus esset licere? ex *reg. l. non debet cui plus 21. De regul. iur.* Respondendum arbitror, siue quæratur, Cur præses prouinciæ ius deportandi non habuerit, siue cur præfectus vrbi habuerit non aliam rationem reddi posse quàm quòd præsidibus datum non fuerit, præfectis verò specialiter fuerit datum. Sunt enim ista iuris positiui, vt vocant, & constituti quæ vix aliam vllam rationem quàm Principis voluntatem habere possunt, & ad quæ demum soleo referre quod scriptũ est in *l. non omnium 20. D. de legib.* non omniũ quæ à maioribus constituta sunt rationem reddi posse. Idque indicant supradicti iuris loci in quibus vt & in *l.1. §. deportatos & seq. De legat.3.* scriptum est, Non ius deportandi præsidibus non competere, sed datum non esse, vt intelligamus non aliis competere quàm quibus fuerit datum. Nam & sic videmus Consules quorum præcipua romæ fuit autoritas ius relegandi non habuisse, quod habuerunt præsides prouinciarum *l. relegatus est 14. §. penultim. D. de interd. & releg.* Non alia vtique ratione quàm quia ius illud consulibus datum non fuit in vrbe, quod præsidibus datum est in prouinciis. Idémque in Cæsaris procuratoribus tractari potest, quos constat relegandi ius non habuisse nisi præsidum vice fungerentur *l.2. C. de pœn.* Si quis tamen pergat quærere cur præsidibus non fuerit datum, etsi non semper puto valde laborandum in quærendis rationibus eorum quæ non à prudentibus sed ab Impp. constituta sunt: Probabiliter tamen dici posse existimo, noluisse Imperatores eam præsidibus potestatem dare, proptereà quod præsides non populi, sed Cæsaris magistratus essent, in quo à Proconsulibus differebant. Diuisis enim per Cæsarem Augustum prouinciis inter se & populũ ne alioqui nimis imperiosè agere videretur si omnia

quæ-

L. inter pœnas 6 in pr. & §.1. eod.

d.l relegatorum §.1.

Cur Præsides prouinciarum non habuerint ius deportandi.

L.2. §.1. D. de pœn.

L. relegatus est 14. § pen. De interd. & releg.

L.2. C. de pœn.

quæcumque sub populi romani ditione anteà fuerāt, sibi vindicaret, qui in eas quæ populo obtigerant mittebantur, Proconsules dicebantur sumpto nomine à Consulibus qui populi romani magistratus præcipui in vrbe erant. Qui verò in eas quas Cæsar sortitus fuisset, Præsides appellabantur ex eo quod prouinciæ præessent, sicut & Cæsar romæ. Hinc diuersitas illa titulorum in Pandectis De *offic.procons.& legat.& De offic.præsid.* Quamuis etymologia nominis Præsidis ostendat nomen Præsidis esse generale vt ad Proconsules quoque pertineat, sicut & ad cæteros omnes qui præsunt cū Proconsules quoque prouinciis suis præsint. Inde verò factum dici potest vt noluerint Cæsares præsidibus qui eorum quodammodo legati erant *l.1.D.de offic.præsid.* hãc de qua tractamus deportādi potestatē dare, ne romanæ ciuitatis dignitatem quæ per deportationem adimitur, & qua nihil est preciosiùs, nimis contēnere videretur, si eā per factum præsidis adimi posse permitteret, nisi iis casibus, quibus libertas quoque per condēnationē siue cū vita siue absque vita esset adimēda: Quasi dur ius esset, Cui romano qui & viuus & liber remaneret adimi ciuitatē, quā ei qui simul cum ciuitate & libertatem amitteret, & vitam. Exemplo eius quod scriptum legimus in *l.vlt.C.de patr.potest.* licuisse olim patribus adimere liberis vitam sed non libertatem sine vita: quanto minùs enim ciuitatē sine libertate? Est etiam illa inter deportationem & relegationem differentia, quod deportatio nulla ad tempus est, quia ciuitas sicut ad tempus dari non potest, ita neque adimi. Relegatio verò non minùs ad tempus quàm in perpetuum fieri potest, quia relegatus integrum statum suum retinet *d.l.relegatorum 7.§.hæc est differentia l.relegatus integrum* 18.D.*de interd.& releg.* Illud tamen mirari fortasse quis possit cur non dicatur amittere ciuitatem is qui relegatur, cùm si in perpetuum relegatus sit, prohibeatur hoc ipso vnquam esse in ciuitate, non solùm si specialiter ei Roma interdictum sit vt in *l.relegatus est is* 14. *eod. tit.* sed etsi nihil de eo in sententia comprehensum fuerit *l. vlt. eod.* vbi Callistratus scribit Relegatum non posse Romæ morari licèt hoc sententia non sit comprehensum, quia inquit Roma omnium patria est, quamuis non è contrario ei cui patria sua interdictū est, etiā vrbe interdictū videri possit, ne in minori cōdēnatione maior contineatur *d.l.relegatorum.* 7.§. *constitutū.* Nec eo minùs tamen verū est si cui non patria sua sed aliqua ciuitate interdictum sit multo magis etiam patria itémq; vrbe interdictum videri. Plus dicit Callistr. Neque in ciuitate in qua Princeps est, vel per quam Princeps transit morari posse relegatū, quoniā eis dūtaxat Principē intueri licet, qui Romā ingredi possunt, id est qui patriā ipsam possunt intueri, cū sit Princeps pater patriæ, tametsi placeat relegatūPrincipi libellū dare posse *d.l.relegatorum 7.§,relegatum,* scilicet per procuratorē. Idque adeò verum est vt nec manumissus à relegato Romā accedere possit, ne liceat ei quod patrono eius nō licèt inquit Paulus in *l. manumissus* 13.*eo.* quãuis à relegato manumissus nō idcirco videri possit relegatus. Sed facilis responsio est, ciuitatē iuris nomen esse, habitationē verò facti, ob ídque nihil impedire quominus is etiam qui in ciuitate habitare aut ad eam accedere non potest, ciuitatis nihilominùs iura omnia retineat, quale illud est vt testamenti factionem vtrámque tam actiuam quàm passiuam, patriam potestatem dominiū rerū suarū, cæteráque huiusmodi omnia retineat. Cùm verò non aliā ob causam prohibeatur is qui relegatus est Romam accedere, tametsi nihil de eo in sentētia expressum sit, quàm quod Roma cōmunis patria sit, vt diximus,

L.1.D.de offic.Præsid.

L.vlt.C. de patr. potest.
Alia differentia inter deportationem & relegationem.
d.l.relegatorum 7.§.hæc est differentia l. relegatus integrū 18. De inte. & releg.

L.vlt.eod. d.l.7.§ constitutum.& §. relegatū.

L.manumissus 13.eod.

intelligimus relegatum ab ea prouincia in qua domicilium habuit, multò magis prohibendum esse, ne morari possit in ea prouincia ex qua oriundus est, licèt ad magistratus relegantis curam & iurisdictionem prouincia illa non pertineat. Sed hoc non tam vi condemnationis quàm ex rescripto Diuorum Seueri & Antonini quod Vlpianus refert in *d.l.relegatorũ §.interdicere*, Ante quod rescriptum cùm ex alio Diuorum fratrum rescripto non alia prouincia interdicere quis posset quàm cui præesset, eueniebat vt qui relegatus esset ab ea prouincia in qua domicilium habebat, morari apud suam originem posset si aliũde oriundus esset. Quod tam absurdum esse visum fuit vt quamuis rescriptum Seueri & Antonini per quod huic incommodo prospectum est non nisi de iis locutum sit qui domicilium habeant in prouincia illius præsidis à quo fuerint relegati, tamen iusta interpretatione placuerit ad rescripti autoritatem eos quoque pertinere, qui cùm incolæ non essent, id est in ea prouincia in qua cõdemnati sunt domicilium non haberent, in ea tamen quid admisisse probarẽtur. Nam cùm delicti quoque ratione forum quis sortiatur *Auth. qua in prouincia C.vbi de crimin.agi oport.* quod interest an in ea prouincia domicilium habeat necne is qui ibi deliquit? Sed & cùm dubitaretur an interdicere quis alicui posset prouincia ex qua oriundus ille est, cùm ipse ei prouinciæ prẽsit quã delinquens incolit, dum non interdicit sua, id est ea cui ipse præest, vt solent, inquit lex, Italia interdicere qui propria, id est vt paulo antè scriptum fuit, sua prouincia non interdicunt (malo enim sic legere quàm quomodo legitur vulgo *patria* pro *propria* nulla hic penitus sensu) vel an per consequentias videatur ea quoque prouincia cui præest interdixisse, Postremum hoc magis probandum esse placuit *§.dubitatum est ead.leg.* Vbi tamen subiungit Vlpianus nõ similiter è contrario illum qui originis prouinciæ præest, non esse nactum ius interdicendi ea quoque prouincia quam incolit is qui relegatur. Ita fit vt relegatus iste tribus prouinciis præter Italiam debeat abstinere. Et in qua deliquit & quã incolit & originis. Et si talis sit qui ex diuersis prouinciis oriri videatur, propter condicionẽ vel suã vel parẽtũ vel patronorũ (interdũ enim plures originis loci esse possunt ex his causis cùm filius vbicumque natus patris originẽ sequatur, & originẽ patroni libertus *l.adsumptio 6.§.filius & §.vl.cum l.seq.D. ad mun.*) cõsequenter dicendũ erit pluribus quã tribus prouinciis interdictũ ei esse *§.si quis eam d.l.relegatorũ 7.De int.& releg.* vbi manifestũ est verba illa *patronorũ vel pluribus* inuersa esse, legendũque *vel patronorum: pluribus* &c. Subinde tamen monet Vlpianus quibusdã præsidibus indultũ esse vt multis prouincijs interdicere possint, id est iis etiã quibus non prẽsunt, quãuis neque originis neque incolatus, neque delicti prouinciæ sint. Sic enim accipiendũ necessariò est quod sequitur in *§.quibusdam*, vt in aliquo differant hi Prẽsides quibus tale priuilegiũ indultũ est à cæteris quos diximus iure cõmuni pluribus etiã prouincijs interdicendi ius habere. Sunt autẽ qui dubitent an alia olim fuerit pœna exilii, alia relegationis, quod non puto. Nam quod scriptũ est in *l.exilium 5. D.hoc tit. De interd.& releg.* exiliũ triplex esse, aut certorũ locorũ interdictionẽ aut latam fugam id est omnium locorum præter certum locũ aut vinculum insulæ, id est relegationẽ in insulam, constat ad relegationem ex omni parte pertinere. Solet enim relegatis quibusdã interdici ne intra patriæ territoriũ vel intra muros morentur, aut ne excedant patriã vel vt in quibusdã locis morentur aut non morentur *d.l.releg.§.solet præterea.* Eodẽque pertinet quod Marcianus scribit

d.l.relegatorum §.interdicere.

§. dubitatũ est d.l. relegatorum.

Originis loci plures esse possunt.

§.si quis eã d.l.relegatorum.

§.quibusdã einsd.leg.

L.exilium 5.D.hoc tit. De interd.& releg.

§.solet præterea d.l.relegatorum.

ſcribit in *l.4.D.de pœn.* tam relegatos quàm in inſulā deportatos debere locis interdictis abſtinere, eo hoc iure nos vti, vt relegatus interdictis locis omnino excedat. Alioquin in tēpus relegato, inquit, perpetuum exilium, id eſt ſequētia explicāt in perpetuū relegatio: at in perpetuū relegato inſulę relegationis quę vt ſuprà diximꝰ omniū peſſima relegatio eſt, In inſulā relegato deportationis in inſulā deportato pœna capitis irrogatur. Et hæc ita ſubiicit, ſiue quis nō exceſſerit in exiliū intra tēpus quod debuit, ſiue etiā aliàs exilio nō obtēperauerit. Nam contumacia eius cumulat pœnam. Adiicit neminem poſſe dare commeatum remeatúmve exuli, niſi Imperatorē ex aliqua cauſa, quibus verbis an non apertum eſt relegationem exilium dici, & exulem relegatum? Miror tamen non fuiſſe obſeruatum mendum quod ſubeſt in illis primis legis verbis, *& hoc iure vtimur vt relegatus interdictis locis non excedat.* Pugnat enim id cum eo quod immediatè præcedit relegatum ſicut & deportatum locis omnibus interdictis abſtinere debere. Itémque cum eo quod ſequitur, *ſiue quis non exceſſerit.* Rurſum cum eo quod idem Marcianus tradit in *l.à ſua ciuitate 12.D.de interd. & releg.* à ſua ciuitate relegatum ſi non excedat, ad tempus à prouincia relegari. Ex quibus locis apparet non poſſe dici quod quidam tentant pro *excedat* legendum *accedat*, præter id quod non ſatis latinè dicimus *accedere loco*, ſed *ad locum.* Tollenda igitur negatio eſt, & pro *non* legendum *oīo* quibus literis tribus dictio *omnino* ſignificatur licèt tam contractè, vt facilè potuerit in negationem quæ totidem literarum ſit degenerare.

L.4. D. de pœn. emendata.

L.à ſua ciuitate 12. D.de interd. & releg.

ILLATIO I.

De teſtamenti factione actiua & paſſiua in perſona relegati.

EX hoc Principio illud primùm fit vt relegatus etiamſi in perpetuum & in inſulam relegatus ſit non ideò tamen amittat teſtamenti factionem *l.eius qui 8.§.ſed relegati D.qui teſtam.fac.poſſ.* Nempe quia non amittit ciuitatem, nec conſequenter ciuitatis iura inter quæ non minimum illud eſt, vt quis teſtamenti factionem habeat & actiuam & paſſiuam, Propter quam cauſam dicitur teſtamenti factio eſſe iuris publici *l.3.eod.tit.*

L. eius qui 8.§ ſed relegati D. qui teſtam. facer. poſſ.

L.3.eod. tit.

ILLATIO II.

De ſtatuis & imaginibus in honorem relegati permittendis.

SEcundò ex eodem Principio fit vt relegatus ſtatuis & imaginibus honorari non prohibeatur *l.relegatus 17.D.de interd.& relega.* Exceptis tamen his qui relegati ſunt ex cauſa maieſtatis quorum ſtatuas etiam antea poſitas detrahendas eſſe conſtat *l.eorum 24.D.de pœn.* Etſi difficile eſt, vt crimen lęſę maieſtatis pœna relegationis contentum eſſe poſſit.

Denique ad hoc Principium referenda ſunt omnia quæcunque in iure noſtro ſcripta ſunt fauore relegatorum. Nullus enim fauor eorum eſſe poteſt niſi quia non amittunt ciuitatem. Hodie *bannitos* appellamus.

L.relegatus 17.D. de interd. & releg.

L. eorū 24. de pœn.

Relegati, Banniti.

PRINCIPIVM V.

De seruo pœna.

L. quod ad statum 12. l. qui vltimo 29. D. de pœn l. intercidit. 59. De cond. & demonstr. l. ex facto 17. §. si quis rogatus 2. D ad SC. Trebell.

L. 3. §. vl. D. de capit. minut. l. quod attinet 32. de reg iur. l. nullomodo 7. D. ad leg. Cornel. de fals.

SErvus pœnæ effectus sicut amittit non modò ciuitatem, sed etiam libertatem, ita desinit liberos suos habere in potestate, §. pœnæ seruus hoc titu. vbi exempla ponuntur de illo qui ad bestias, aut in metallum damnatus sit. Vtrumque enim constat seruum pœnæ fieri ex quo instanti damnatus est *l. quod ad statū 12. l. qui vltimo 29. D. de pœn. l. intercidit 59. D. de condic. & demonstr. l. ex facto 17. §. si quis rogatus 2. D. ad SC. Trebell.* quibus locis non illud tantùm scriptum est amittere istos & ciuitatem & libertatem, quod satis docet nomen ipsum quo donantur, cùm serui pœnæ, sed etiam pro mortuis haberi, Nō iure aliquo speciali, sed eo iure communi quo seruitus morti adsimilatur, vt scriptum est in *d. l. intercidit in fin. l. cùm hic status 32. §. si donator D. de donat. int. vir. & vxor. l. seruitutem 209. De reg. iur.* Serui enim caput nullum in ciuitate habēt sicut nec mortui *l. 3. §. vlt. D. de capit. minut.* ob idque in toto iure nostro pro nullis habentur *l. quod attinet 32. De reg. iur.* id est neque iure ciuili, neque iure prætorio, neque extra ordinem computantur, vt loquitur Marcianus in *l. nullomodo 7. D. de leg. Cornel. de fals.*

ILLATIO I.

De legato condicionali relicto ei qui interim desit esse in ciuitate.

d. l. intercidit.

Differentia inter deportatum, & factum seruum pœnæ.

EX hoc Principio illud primùm fit quod scriptum est in *d. l. intercidit*, Si is cui legatum fuerat sub cōdicione desierit interim esse in ciuitate, multum interesse an ideo desierit in ciuitate esse quod fuerit deportatus, an ideò quòd in eum alia talis pœna statuta sit, quæ irroget seruitutem. Priore casu negat Vlpianus extingui legatum, quia in ciuitatem aliquando restitui deportatus potest, cùm adhuc viuat, nec absolutè & simpliciter pro mortuo habeatur, sed tantùm secundum quid hoc est in quibusdam causis, vt scripsimus ad Princ. 3. *illat. 1. supr. eod.* Posteriore verò casu placet legatum extingui, Non quod non perinde in ciuitatem restitui possit qui ad bestias, aut in metallum damnatus, atque is qui deportatus est *l. 1. C. de sentent. pass. & restit. l. vlt. D. eod.* sed quia cùm ex die sententiæ habeatur pro mortuo, nulla huius spei ratio haberi potest, tanquam deficiente subiecto cui adhærere possit.

ILLATIO II.

De eligendi facultate conseruanda etiam deportato.

L. ex facto 17. § si quis rogatus 2. D. ad SC. Treb.

SEcundò ex eodem Principio fit quod idem Vlpianus post Papinianum scribit in *dicta lege ex facto 17. §. si quis rogatus 2. D. ad SC. Trebell.* Si quis rogatus fuerit filiis suis, vel cui ex his voluerit restituere hereditatem, & is deportatus fuerit non eo minùs saluam illi esse facultatem eligendi cui liberorum post mortem suam fideicommissum restitui velit, quod & scriptum

scriptum est in *l.cùm pater 77.§.hereditatem filius 4.De legat.2.* Sed si seruus pœnæ fuerit constitutus nullo antè cõcepto filio iam parêre illum condicioni non posse, viderique sine liberis decessisse,& ob id nec eligendi facultatem ei dari oportere. Quamquam de tota illius loci sententia & interpretatione si quid nos sentiamus scire quis volet, videnda sunt, quæ scripsimus *lib.7. Coniect. cap.vlt.* *L. cùm pater 77.§.hereditatẽ filius 4.De legat.2.*

ILLATIO III.

De donatione facta inter coniuges quorum alter postea seruus pœnæ effectus sit.

TErtiò ex eodem Principio fit, vt si inter coniuges facta donatio sit, cuius proprium ius illud est, vt donatoris morte confirmetur, & alteruter seruus pœnæ effectus fuerit, non tam impleatur quàm perimatur donatio si iuris veteris ratio inspicitur *dicta lege cùm hic status 32. §.si donator 6. D. de donat.int.vir.& vxor.* vbi dubitandi causa illa erat quod vt ea lex ait, seruitus morti compararetur, Morte autem donatoris donatio non extingueretur, sed è contrario impleretur & confirmaretur. Sed decidendi ratio est, quia casus hic seruitutis licèt morti comparetur, tamen reuera mortem præoccupat, vt loquitur Caius in *d.l.qui vltimo 29. De pœn.* atque ideò extinguit donationem priusquàm morte confirmari possit, Superueniente verò morte naturali, non nisi sera potest esse confirmatio donationis quæ medio tempore iam irrita facta sit. Hoc tamen fauore matrimonij correctum est à Constantino in *l.res vxoris 24.C.de donat.int.vir.& vxor.* vbi constituit, vt damnato marito & siue ex pœna mortuo, siue in seruilem condicionem ex pœnæ qualitate deducto salua nihilominùs & illibata maneat donatio, ne alieni criminis infortunio vxor adstringatur, ad quam constitutionem cùm ius nouum faciat proculdubio respexit, siue Tribonianus, siue interpres quisquis ille fuit, qui apud Vlp. in *d.§.si donator,* adiecit dictionem *priuati:* Nec enim dubito quin Vlpianus eo loco simpliciter & generaliter scripserit *si donator seruus fuerit effectus* cùm ante hanc Constantini legem nihil penitus interesset, an priuati an pœnæ seruus donator factus proponeretur.

L. cùm hic status 32. §. si donator 6. D.de donat. int.vir. & vxor. *d.l.qui vltimo 29.D.de pœn.* *L. res vxoris 24. C.de don.int.vir. & vxor.* *d. si donator emendatus.*

ILLATIO IV.

De legato extra causam alimentorum relicto ei qui in metallum damnatus fuit.

QVartò ex eodem Principio fit vt si in metallum damnato aliquid extra causam alimentorum relictum fuerit, pro non scripto sit, nec ad fiscum pertineat. Nam pœnæ seruus est non Cæsaris, inquit Marcian.in *l. 3. D. de his quæ pro non script. hab.* Sensus est non posse fieri, vt pro non scripto haberi non debeat quod huic seruo relictum est extra causam alimentorum, Siquidem, neque ipse capax est ex propria persona cùm sit seruus, neque ex persona domini, cùm neque Cæsarẽ, neque fiscum dominũ habeat, sed pœnã, quę nec personam vllã habet, nec potest esse capax quę ipsa dãnatũ facit incapacẽ, vel ex vulgari illo philosophorũ brocardico, Propter quod vnũquodque tale est,& illud esse magis tale. Excipitur tamen causa alimẽtorum, quoniã

L.3. D. de his quæ pro non script. habent.

sicuti verum est eum qui in metallum damnatus est, licèt pro mortuo habeatur, reuera tamen adhuc viuum esse, ita & fatendum est alimentis eum indigere, & consequenter non minùs capacē esse percipiendorum alimētorū, quàm si damnatus non esset *l. is cui annua* 11. *D. de alim. & cibar. lega.* vbi quamuis loquatur Paulus de alimentorum legatario qui in metallum damnatus primùm postea indulgentia Principis fuerit restitutus, cùm tamen scribit & præcedentium annorum alimenta rectè eum cepisse & sequentium deberi ei, nō tam ad vim & effectū restitutionis respicit, quàm ad id quod huiusmodi legatum in facto magis quàm in iure consistit, vt ratiocinatur Modestinus in *l. penult. D. de capit. minut.* vbi hac ratione concludit huiusmodi legata per capitis diminutionem non perire. Non solùm autem qui ad bestias aut in metallum damnantur serui fiunt, sed & qui in ministerium metallicorum *l. in metallum* 36. *D. de pœn.* vbi monet Hermogenianus, nō solùm seruos istos effici, sed etiam seruos pœnæ. Nec enim possunt esse serui metallicorum qui ipsi pœnæ serui sunt.

L. is cui annua 11. *D. de alim. & cibar. legat.*

L. pen. D. de capit. min.

L. in metallum 36. *D. de pœn.*

ILLATIO V.

De supplicio metalli.

QVintò ex eodem Principio fit vt metalli supplicium tam ad personas liberas, quàm etiam ad seruiles pertineat condiciones *l. metalli* 11. *C. de pœn.* Nam non solùm qui liber est ex libero seruus fieri potest, sed & qui iam seruus est priuati alicuius, seruus pœnæ fieri potest, cùm ita fiat durior ipsius condicio, tanquam qui dominam eam habiturus sit à qua manumitti numquam possit. Alia ratio est pœnæ perpetuorum vinculorum. Hæc enim solis seruis non etiam liberis hominibus irrogatur *l. incredibile* 6. iunct. *l. seruus* 10. *eod.* Idque est quod mandatis Principum caueri refert Callistratus in *l. mandatis* 35. *D. eod.* ne quis perpetuis vinculis damnetur. Carcer enim ad continendos homines non ad puniendos haberi debet, inquit Vlp. in *l. aut damnum* 8. §. *solent præsides eod. tit.* E contrario seruus in perpetuum opus damnari non potest, id est in opus publicum, siue perpetuum, siue temporarium, sed liberorum duntaxat hominum pœna illa est *l. seruus* 34. *eod.* Nempe quia per hanc pœnam nemo seruus fit, cùm ciuitatem duntaxat adimat, non etiam libertatem. Nam qui in opus publicum etiam perpetuum damnati sunt, similes sunt iis qui in insulā deportantur, vt ait *l. 1. C. eo.* qui autem deportātur non amittūt libertatem, vt diximus ad Princip. 3. Absurdum porrò esset eam pœnam seruo irrogari, quæ ipsius condicionem non faceret deteriorem. Planè nec liberi omnes in opus publicum damnari possunt, sed viliores duntaxat, non etiam decuriones *l. 3. & 4. C. de pœn.* multò minùs cæteri, qui decurionibus sunt digniores, facit *l. si matrem* 9. *l. decurionum* 12. *eo.* vbi de filiis decurionum idipsum scriptum est.

L. metalli 11. *C. de pœn.*

Alia pœna metalli, alia perpetuorū vinculorū.

L. incredibile 6. *iunct. l. seruus* 10. *eod.*

L. mādatis 35. *l. aut dānum* 8. §. *solent. D. eod. tit. De pœn.*

l. seruus 34. *eod.*

L. 1. C. eod.

Hodie nullos esse seruos pœnæ.

OBseruandum tamen est hodie seruos pœnæ nullos esse, non quod sublatæ sint pœnæ illæ damnationis in metallum & aliæ huiusmodi per quas olim seruus pœnæ quis efficiebatur, sed quia placuit Iustiniano *Nouell.* 22. *De nupt. cap.* 8. vnde sumpta est *Authent. sed hodie C. de donat. int. vir. & vxor.* vt nemo qui à Principio bene natus sit, id est in statu ingenuitatis postea.

Nouell. 22. *De nupt. ca.* 8. *Auth. sed hodie C. de don. int vir. & vxor.*

postea ex supplicio fiat seruus, adeò vt nec matrimoniũ ex ea causa dissoluatur. Sed & antè eam Iustiniani constitutionem, iam cõstituerat Imp. Constantinus in *l. si quis in metallum* 17. *C. de pœn.* vt si quis damnatus esset in metallum, nihil in eius facie scriberetur quomodo scribi olim solebat, Ne, inquit, facies quę ad similitudinem pulchritudinis celestis figurata est, maculetur. Quæ duæ constitutiones sunt, quibus potissimum fuit immutatum ius quod olim obtinebat circa pœnam damnationis in metallum, Hodie tamẽ pœna illa in vsu esse desiit, in eiúsque locũ videtur ea pœna successisse, quam nos triremium appellamus, per quam tamen ciuitas tantùm amittitur, non etiam libertas, quæ post supradictam Iustiniani constitutionem ne quidem per damnationem in metallum amitteretur. Nam nec tantùm de damnatione in metallum loquitur constitutio, sed generaliter inducit, vt hodie nemo bene ac ingenuè natus, per sententiam, aut supplicium fiat seruus pœnæ, Præter id quod moribus religionis nostræ sacrosanctæ seruitutes etiam cæteræ omnes abrogatæ sunt, præterquàm si Turca, vel alius infidelis quispiam bello captus esse proponatur. Etsi non desunt qui putent etiam inter Christianos licitas esse seruitutes ex captiuitate irrogandas si bellum iustum fuit: cum quibus tamen non sentimus.

L. si quis in metallũ 17. C. de pœn.

PRINCIPIVM VI.

De militia & dignitate.

NEque militia, neque dignitas eximit filium à patria potestate *§. filiusfamilias hoc tit. l. si maritus* 7. *C. de patr. potest.* vbi scriptum est, non modò filiũfamilias ipsum qui militat, in patria potestate constitutũ intelligi, sed etiam filium quem ille ex iustis nuptiis susceperit, in eiusdem aui potestate perseuerare. Etsi enim priuilegia pleráque militibus data ab Imperat. fuisse constat ex omnibus ferè partibus iuris, non potuit tamen hac in re priuilegium vllũ dari quin hoc ipso fieret iniuria patri, cui potiùs faueri ęquũ erat, vel hoc ob ipsum, quod liberis operam dando tam vtilem reipublicę filium suscepisset. Generalis namque iuris propositio est, quæ vix vllam patitur vnquam exceptionem, siue de militum, siue de aliorum priuilegiis tractemus. Priuilegia semper sic interpretanda esse, vt ad alienam iniuriam non porrigantur: quod de militum priuilegiis specialiter traditum est in *l. impuberi* 40. *D. de admin. tutor. l. cùm filiusfamilias* 28. *D. de test. milit.* iunct. *l. ex facto* 43. *De vulg. & pup. subst. l.* 4. *C. de emancip. liberor.* Et verò publicè interest, vt inuitentur patres ad liberos militiæ dandos spe præmiorum filiis acquirendorum & quadam veluti tacita eorũ communicatione, potiùs quàm vt ab hoc consilio & instituto metu amittendæ patriæ potestatis deterreantur. Exceptio tamen subiicienda est, Nisi quantũ ad ea bona pertinet quæ filiusfamilias miles in peculio castrensi habeat, id est quæ in castris, aut alia militiæ occasione acquisita proponãtur. Nam in his bonis placet, nullum patri esse ius potestatis, sed è contrario filiumfamilias quantũuis patriæ potestati subiectũ patrisfamilias iure censeri *l.* 2. *D. de SC. Maced.* adeò vt quod magis est de iis testamentum quoque facere possit, nec tantùm iure communi, sed etiam quod est singularius iure militari *d. l. cùm filiusfamilias* 28. *l. si filiusfamilias* 35. *D. de testam. milit.* quod alij filiofamilias nulli licet, nec si millies pater velit & consentiat *l. qui in potestate* 6. D. *qui testam. facer.*

§. filiusfamilias hoc tit. l. si maritus 3. *C. de patr. potest.*

Priuilegia nũquam ad alterius iniuriã porrigenda.

L. 2. *D. de SC. Maced. l. cùm filiusfamilias* 28 *l. si filiusfamilias* 33. *D. de test. mili.*

poss.l.tam is 25.§.filiusfamilias D.de mort.caus.donat. Denique nihil omnino iuris habet pater in bona castrensia filij sui militis, siue quod ad proprietatem, siue quod ad vsumfructum *l. Imperator 50.ver.post decreti D.ad SC.Trebell.* Nec eo minus tamen verum est ius patriæ potestatis totum in patris persona saluum & integrum superesse, quippe quod & indiuiduum sit & in personam ipsam quæ sub potestate est exerceatur, non in bona, quæ licèt condicionẽ personę sequi soleant tanquã accessoria, & per quandã consequentiã, nihil tamen prohibet ex priuilegio aliquo propriã & separatã habere rationẽ *l.errat 3.C.de castrens.pecul.milit.præfect.lib.12.tit.37.* Quod verò Principium nostrum habet de dignitate, per eam scilicet non tolli ius patrię potestatis, multò apertius est. Nam & dignitas quędam in eo est, vt in patria potestate esse quis dicatur, nõ solùm quòd patria potestas symbolũ sit & ciuitatis & iustarũ nuptiarũ, nec minus in eo qui in potestate est, quàm in eo qui potestatem habet, verùm etiã propter cõmoda & iura sui heredis, quæ faciunt, vt in patrisfamilias & nomen patrisfamilias ex ipsius patris naturæq; voto, & ius successionis sperare honestè filius possit. Superueniẽs autẽ dignitas præsertim ex legis beneficio aliã dignitatẽ tollere nõ debet, sed cõfirmare potiùs & augere. Idque adeò verũ est, vt nec Senator, aut Cõsul à plebeio quoq; adoptari, vel adrogari se pati prohibeatur, quia scilicèt nihil prohibet esse quem & in patria potestate, & Consulem, aut Senatorem *l.per adoptionẽ 35.D.de adopt.l.Senatoris 6.in prin.& §.1.D.de Senator.* Hoc tamẽ Iustinianus quoque immutauit *Nouell.81.* cui titulus est *Constit. qua dignit.& episc fil.liber.patr.potest.* vbi constituit, vt non solùm Episcopatus & Consulatus eximat filium à patria potestate, sed etiam quælibet alia dignitas per quam quis à curia liberatur. De quibus *Nouell.38.De decur.& Nouell.70.vt ordin.præfect.vrban.* cùm tamen anteà sola Patriciatus dignitas ex eiusdẽ Iustiniani lege tolleret patriam potestatem vt ipse in hoc §. *refert*, quippe quæ summa esset non quidem gradu (erat enim maior Consulatus) sed duratione, quia perpetua, vt bene Contius explicauit *l.vlt.C.de Consulib.lib.12.tit.3.* Ratio autem Iustiniani quam in hoc §. adfert illa est, quod ferendum non sit, vt pater possit per emancipationem potestatis suæ nexibus filium liberare, imperatoria autem celsitudo non valeat eum quem sibi patrem elegerit ab aliena eximere potestate. Supponit enim Iustinianus quod & verum est ius patrię potestatis esse ex legibus, Imperatoriam verò maiestatem, sicuti supra populum est cuius solius fuit olim legem facere, ita & suprà leges esse.

l. imperator 50. D. ad SC.Trebell.

l. per adoptionem 35. D. de adopt. l. Senatoris 6. in prin. & §.1. D. de Senat. Nouell. 81. Const. qua dignit. Nouell 38. De decur. Et Nou. 70. vt ordin. præf. vrb.

ILLATIO I.

De filiifamilias militis intestati bonis ex hereditate testati.

EX hoc Principio fit vt si filiusfamilias quantumuis miles decesserit intestatus, bona eius non quasi hereditas, sed quasi peculium ad patrem pertineant, aut potiùs patri deferantur, vt loquitur Vlpian. in *l.2. D. de castrens. pecul.* quamuis si testamentum factum esset, peculium castrense pro hereditate haberetur, vt eadem lex subiungit. Nempe quia filiusfamilias decedere cũ legitimo herede nũquã potest, nec hoc priuilegium militibus filiisfamilias datũ est, sed illud tantùm, vt de castrensi peculio testari possint si velint. Quam ob causam si testati fuerint, sicuti testamentum ex priuilegio militari valet, ita & ne-

l. 2. D. de castr. pecul.

necesse earundem constitutionũ quæ priuilegium dederunt potestate induci, vt hereditatem testamentariam habere existimetur, cùm neque possit fieri, vt valeat testamẽtum sine herede, neque vt heres quisquã sit sine hereditate. Sed priuilegium quod ad causam testati coarctatum fuit, non perinde ad causam intestati protrahi potest. Nec proinde mirum videri debet, licèt sit valde singulare, vt eiusdem hominis hereditas, & aliqua sit ex testamento & nulla ab intestato. Neque est contrarium, quod suprà diximus filiumfamilias militem, in eo quod castrensis peculij est patrẽfamilias censeri *d. l. 2. D. de SC. Maced.* Id enim eò pertinet, vt nonobstante iure patriæ potestatis de peculio illo disponere pro arbitrio possit etiam inuito patre, nec tantùm inter viuos, sed etiam in testamento, Non etiam vt eius ab intestato defuncti hereditas aliqua per legem constituatur, quæ non nisi patrisfamilias vlla constitui solet à lege, cuius nimirum verba illa fuerunt *si suus heres non erit, agnatus proximus familiam habeto*: fieri porrò nequit, vt familiam habeat is qui ipse filiusfamilias est, Et ob id non potest fieri, vt quod patrimonium viuo milite, nec familia fuit, nec familiæ appellatione contineri potuit, eodem mortuo dicatur hereditas. Quid ergo? Peculium, quomodo & viuo adhuc filiofamilias milite dicebatur, quod *peculij* nomen, iuris nomen est ad exprimendum patrimonium aut potiùs id quod sit veluti patrimoniũ eius qui in alterius est potestate, siue filiusfamilias ille sit, siue seruus *l. 1. l. quoties 47. §. vlt & tot. ti. D. de pec. Ex quo §. vlt.* apparet, nec propriè patrimonium dici, nisi eius hominis qui sit liber & sui iuris, Tantùm abest, vt cuius viuentis peculium dicitur eiusdem defuncti hereditas dici possit. Quod vsque adeò verum est, vt ne tum quidem cùm filiusfamilias miles testamentum fecit, hereditatem tamen propriè ac verè habere dicendus sit, sed quasi hereditatem, vt illa Vlpiani verba probant *hic pro hereditate habetur castrense peculium.* Nam nec Imperatores fecerunt, aut facere potuerunt, vt filiusfamilias miles in castrensi peculio reuera paterfamilias esset, quod implicaret contradictionem, sed vt in eo peculio patrisfamilias vice fungatur, quomodò loquitur idem Vlp. in *d. l. 2. D. de SC. Maced.* longe text. elegantem *l. proponebatur 9. D. de Castr. pecul. & l. vlt. in prin. D. ad SC. Tertyll. & l. pen. C. de castrens. pecul. mil. præf. lib. 12. titu. 37. l. si quis filio 6. §. vltim. De inust. rupt. & irrit. fact. testam.* & quæ in hanc rem pluribus scribemus ad Princip. 9. illat. 5.

L. 2. D. de SC. Maced.

Peculiũ nomen iuris. l. 1. l. quoties 47 §. vl. D. de pecul.

ILLATIO II.

De patre qui retinuit peculium castrense filij intestati.

SEcundò ex eodem Principio fit quod scriptum est in *l. 1. eod. tit. De castr. pecul.* Si filiifamilias militis peculiũ penes patrem remanserit defuncto filio intestato, patrem quidẽ ipsi heredẽ nõ fieri, sed tamẽ fieri iis quibus filius fuit; id est quorum hereditates filius agnouit sibique viuus acquisiit ex causa castrensis peculij, putà, institutus fortassis heres à commilitonibus suis, vt in *l. si fortè 8. l. castrense 11. D. eod.* Nam cùm peculium sit nomen iuris non minùs quàm hereditas, perinde complecti facile potest ius successionis vniuersalis, vt quemadmodum si pater esset heres filiifamilias hoc ipso fieret heres iis omnibus quibus ipse filius heres fuisset. Eo nimirum iure quo dicimus quemlibet heredem heredis esse primi defuncti heredem *l. vlt. C. de her. instit.*

L. 1. l. si fortè 8. l. castrense 11 D. de cast. pecul.

l.qui liberis 8.§.vlt.D.de vulg.& pupill.subst. Ita & cùm filiifamilias peculium occupauit si in eo peculio reperiat hereditates filio viuo acquisitas, heres quoque ipse fiat, non filij, sed eorum quibus heres filius fuit, cùm heres nihil aliud significet quàm dominum *§.vlt.Inst.de her.quali.& differ.* dominiũ autẽ bonorum omniũ quæ fuerant in illis hereditatibus fuerit iam viuo filio acquisitum transfusúmque in proprium filij patrimonium, & consequenter in causam peculij castrensis quo vno nomine quicquid hic filiusfamilias habuit, & significatur & continetur.

ILLATIO III.

De rebus acquisitis & pecunia donata filiofamilias militi.

TErtiò ex eodem Principio fit vt si mulier filio viri sui militi reliquerit pecuniam ad aliquas res comparandas, & quæratur, cui pecunia illa, aut res ex ea comparatæ acquiri debeant filióne, an patri, distinguendum sit an relicta sit pecunia ad comparandas res castrenses & militares an simpliciter. Priore casu acquiruntur filio tanquam bona castrensia, Posteriore verò patri per filiũ iure scilicet patriæ potestatis *l.3.eo.tit.De castr.pec.* Nõ enim omnia quæ filiofam. militi relinquuntur protinus transeunt in causam castrensis peculij, sed ea tantùm quæ filiusfamilias si non militasset non fuerat acquisiturus, vt definit Iurisc. in *l.castrense 11.eod.tit.* vbi addit ea quæ fuerat ille acquisiturus etiãsi non militasset ad castrense peculium non pertinere, tametsi à parentibus, vel cognatis donata fuerint filio in militia agenti. Quò etiam spectat, quod Vlp. scribit in *l.si fortè 8.eo.tit.* Si vxor, vel cognatus, vel quis alius nõ ex castris notus filiofamilias aliquid donauerit, vel legauerit, etiamsi expresserit nominatim, vt in peculio castrensi id habeatur, non eo magis tamen castrensi peculio adgregari oportere, Veritatem enim spectãdam esse, id est an verè (quomodo legẽdum est non *verò*, vt vulgo) castrensis notitia, vel adfectio fuerit, non quid quis dixerit, vel finxerit. Hoc ipsum verò cur ita? Nisi quia esset alioquin positum in alterius arbitrio & potestate, vt læderet ius patriæ potestatis quod habet pater iure publico, id est ex legibus populi romani: quod tamen iniquum esset ac nec militibus ipsis, aut permissum, aut permittendum, vt suprà diximus ex *d.l.impuberi 41.De admin.tutor. d.l.cùm filiusfamilias 28.D.de testam.milit.*

l.3.D. de castr.pecul. *l.castrense 11.eod.tit.* *l.si fortè 8.eod.* *d.l.impuberi 41.D. de admin. tut. l.cùm filiusfamilias 28. D. de testa. milit.*

ILLATIO IV.

De matris hereditate delata filiofamilias militi.

QVartò ex eodem Principio fit, vt matris hereditas delata filiofamilias quamuis in militia agenti non eo minùs acquiratur patri per filium, Sicut & alia hereditas quælibet, ita vt ne momento quidem temporis in filiifamilias persona constitisse acquisitio videatur *l.placet 79.D.de acquir.hered.l.1.in princip.D.si à parent.quis manu.* Nempe quoniam huiusmodi hereditas materna ad causam castrensis peculij non pertinet, vt habet *l.1.C.de castr. pecul. milit.præfectianor.lib.12.tit.37.* Itaque locus est iuri communi quo cauetur, vt matris hereditas ab intestato pertineat ad liberos, tametsi in aliena sint potestate *l.pen.D.ad SC.Tertyll.* id est vt per liberos patri acquiratur. Sic enim lex illa accipienda est, sicut & quod Paulus ait in *l.filij 6.eod.tit.* filij matrem ex senatuscon-

l.1. C. de castr. pecul. l.pen D.ad SC. Tertyll. l.filij 6.eod. tit.

natusconsulto Tertylliano etiamsi in aliena potestate sit ad hereditatem admitti. Non autem ita vt etiam viuo patre filiusfamilias sit capax acquirendorum sibi bonorum maternorum, aut filiafamilias eadémque mater bonorum filij. Primus enim Constantinus fuit qui ius vetus corrigens hoc induxit patrémque ex proprietario qualis antea erat fructuarium fecit in *l. 1. C. de bon. matern.* Sed non potest ius vetus ex noua constitutione suam recipere interpretationem. *L. 1. C de bon. mater.*

ILLATIO V.

De filiofamilias milite qui decessit intestatus superstite matre.

QVintò ex eodem Principio fit quod scriptum est in *l. vlt. eod. tit. D. ad SC. Tertyll.* si filiusfamilias miles non sit testatus de his quæ in castris adquisierit, non tamen ad matrem ea idcirco pertinere. Magis enim iudicio militum, inquit, hoc concessum est, quàm vt omnimodo in ea re quasi patresfamilias sint. Vt intelligamus, nihil aliud hîc obstare matri quominùs in castrensibus rebus succedat, quàm quòd militia non fecerit, quominùs filiusfamilias ille remanserit. Quod tamen lex simpliciter dicit iudicio militis filiifamilias hoc concessum esse, cauendum est ne ita intelligatur, quasi quælibet vltima voluntas eius qui & filiusfamilias, & miles sit priuilegium hoc habere debeat. Hoc enim solùm ei permittitur vt de peculio castrensi testari possit. Quamquam ad id fortasse lex respicit quod voluntas quæque iudicis testamentum est vt scriptum aut saltem legendum est in *l. eius militis 34. in fin. D. de testam. milit.* Sed finge militem hunc non testamentum sed codicillos facere voluisse. Non valebit suprema ista voluntas, iure testamenti quia miles noluit, *l. quærebatur 19. eod.* Sed valebit iure codicillorum, quia filiusfam. miles habet priuilegium vt possit facere codicillos ab intestato, adeóque quod magis est fideicommissum à patre relinquere de restituenda hereditate *l. filiusfamilias 18. D. ad leg. Falcid.* vt & de peculio castrẽsi potest testari si velit. Nec simile est, quod de pupillo scripsimus *lib. 15. Coniect. cap. 14.* posse illum decedere cum testamẽto si pater ei fecerit, sed non similiter cum codicillis ab intestato factis. At difficilius illud est apud Pomponium in *d. l. vlt.* cur non obstet matri pater, cùm certi iuris sit in causa Senatusconsulti Tertylliani solere matri obstare patrem *l. 2. §. obiicitur eod. tit.* & peculium castrense de quo agimus filio intestato mortuo deferri patri *d. l. 2. D. de castrens. pecul.* vt proinde nullus videatur fieri posse locus quæstioni de bonis filij castrensibus in persona matris, quę nec in aliis bonis succedere possit, Et tamen videtur Pomponius tractare eum casum in quo deferatur matri legitima hereditas filij quod ad alia bona omnia pertinet præterquàm quod ad castrensia, ita vt à patre quamuis viuo non excludatur. Alioqui si per patrem excluderetur, quid attineret obsecro de bonis castrensibus tractare? Sed dicendum est non illam esse Pomponij sententiam, vt excludatur mater à bonis castrensibus filii militis eo casu quo possit succedere in cæteris, At contrà vt non minùs obstet ei pater in bonis castrensibus, quàm in cæteris. Videbatur enim pater ei non obstare in castrensibus, cùm in iis filiusfamilias pro patrefam. habeatur. Sed decidendi ratio est quòd imò maneat filiusfamilias nec pro patrefamilias haberi possit, nisi eo demum casu quo testetur. Obseruandum tamen est in *d. §. obiicitur*, erratum esse in iis verbis *Vnde-*

L. vlt. D. ad SC. Tertyll.

L. eius militis 34. in fin. D. de testa. milit.

L. quærebatur 19. eod.

L. filiusfamilias 18. ad leg. Falcid.

d. l. vlt. ad SC. Tertyll.

§. obiicitur l. 2. D. ad SC. Tertyll. emẽdatus.

cunque antè bonorum possessionem acceperit pater naturalis, siue legitimus, siue contra tabulas, legendũq; *legitimam* nõ *legitimus* vt referatur ad bonorũ possessionem quæ & legitima esse potest, & testamentaria, non ad patrem qui scilicet si legitimus tantùm sit, hoc est adoptiuus numquam potest accipere bonorum possessionem filij, Nec durante adoptione, quippe quæ faciat vt diximus ne filii bona vlla esse possint, neque post sublatam adoptionem cùm eo tempore is qui fuerat pater adoptiuus omnino pater esse desierit.

ILLATIO VI.

De filiofamilias, milite diuidente cum fratribus bona patris defuncti.

L. miles 4. D. de castr. pecul. L. certum 13. iunct. l. 4. C. famil. ercisc.

SExtò ex eodem Principio fit vt filius familias miles in diuidenda post patris mortem inter fratres hereditate non alia præcipua habere debeat, quã quæ tulit secum in castra consentiente patre *l. miles 4. D. de castrens. pecul.* Certum enim est liberorum qui in patris potestate fuerunt, peculia omnia solo castrensi excepto post mortem patris in hereditatem diuidendam ad cõmunionem esse reuocanda *l. certum est* 13. iunct. *l. si filiusfamilias 4. C. famil. ercisc.* Nempe quia quod fuit peculium viuo patre desinit eo mortuo peculium esse & fit hereditas, sicut & filiusfamilias qui viuo patre talis fuerat talis esse desinit patre moriente fitque paterfamilias, atque ita desinit peculium habere quod nihil aliud est quàm filiifamilias aut serui pupillum veluti patrimonium aut quasi patrimonium, vt loquuntur Iureconsulti in *l. peculium & ex eo 39. l. quoties 47. §. vlt. D. de pecul.* Itaque ex eo maximè intelligimus, per militiam non solui ius patriæ potestatis, quoniam alioquin neque de peculio, quod filius miles viuo patre habuisset, neque de illius confundendi necessitate post patris mortem quæri oporteret.

ILLATIO VII.

De persecutione bonorum castrensium filio danda etiam patre inuito.

d. l. miles 4. §. 1. D. de castr. pecul. emendata.

SEptimò ex hoc ipso Principio petenda est ratio dubitandi ad id quod subiungit Tertyll. in *d. l. miles 4. §. 1. De castrens. pecul.* actionem persecutionémque castrensium rerum habere filium etiam inuito patre. Sic enim locus ille legendus est vt pro *semper* reponamus *habet.* Ratio autem dubitandi illa erat propter quam videretur non esse permittendum militi filiofamilias vt nullam actionem persecutionémque ne quidem castrensium rerum exercere posset inuito patre, quod non eo minùs sit maneátque filiusfamilias, absurdum autem videatur filiumfamilias in iudicio stare sine consensu & autoritate patris *l. vltim. §. 1. versic. necessitate Cod. de bon. quæ liber.* Sed respondendum est non habere id locum quoties de rebus castrensibus agitur, in quibus scilicet filius quantumuis filiusfamilias manens patrisfamilias loco & iure censetur quod ad hoc vt de iis pro arbitrio disponat, nec tantùm inter viuos, sed etiam quod magis est in testamento *d. l. 2. D. de SC. Maced. dict. l. vltim. D. ad SC. Tertyll.* Notandum verò est quod Tertyll. ita loquitur *actionem persecutionémque* vt intelligamus actionem propriè ac specialiter sumptam id est pro actione in personam differre à persecutione, propterea quòd actiones omnes expediuntur iure ordinario, id est per iudices à magistratu datos & consequenter in

Differentia actionis, & persecutionis.

ter in iudicio vt ipsa definitio actionis demonstrat *l. nihil aliud* 51. *De oblig. & action.* Persecutiones verò iure extraordinario id est coram prætore aliove magistratu in iis causis de quibus non poterat olim magistratus dare iudicem sed cognoscere ipse cogebatur *l. pecuniæ* 178. *§. actionis* De *verb. signific. l. actionis* 28. *De oblig. & act. l. procurator* 23. *D. rat. rem haber.*

L. *nihil aliud* 51. *De oblig. & act.* L. *pecunia* 178. §. *actionis De ver. signific. l. actionis* 28. *De oblig. & act. l procurator* 23. D. *rat. rem haber.*

ILLATIO VIII.

De milite qui post acquisitum castrense peculium dedit se adrogandum.

OCtauò ad hoc idem Principium referendum est quod sequitur apud Tertyll. in *d. l. miles* si paterfamilias militiæ tempore vel post missionem adrogandum se præbuerit, magis esse vt huic quoque permissa intelligatur earum rerum administratio quas ante adrogationem in castris adquisierat. Quamuis enim constitutiones de iis loquantur qui cùm ab initio essent filijfamilias, militauerunt, tamen cùm secuta adrogatio nihil noui adferat nisi vt qui paterfamilias erat filiusfamilias fiat, nihil autem prohibeat, quominùs idē & miles sit & filiusfamilias & castrense peculium habens, quid vetat quominùs ad hunc quoque casum constitutiones Imperatoriæ extendantur, quæ priuilegium hoc militibus dederunt, vt quamuis reuera filiifamilias sint, tamen in peculio castrensi patresfamilias esse videantur? Cæterùm notandus sanè est casus hic valde singularis in quo non omnia adrogati bona in adrogatoris familiam, & potestatem transferantur, quod vtique à vulgaribus iuris regulis abhorret, vt scripsimus ad *Princip.* 1. *illat.* 8. *sup. tit. prox.* Sed intellige non transferri pleno iure, id est ita vt adrogator eorum bonorum administrationem habeat quæ adrogatus in castris quæsiuerat ante adrogationem. Nec enim negari potest quin simul cum adrogati capite in adrogatoris familiam ista transferantur, sed cum sua qualitate, id est retento iure patrimonii castrensis, hoc solo immutato quod quæ ante adrogationem patrimonium dicebantur, post adrogationem fiunt peculium, & quidem castrense. Ex quo fit vt quemadmodum adrogatus quandiu viuit liberam habet huius peculij administrationem quasi retinens pristinum ius & nomen patrisfamilias quantū ad res istas attinet quod habuerat antea in omnibus bonis suis, ita mortuo eo intestato adrogator ius habeat omnia ista occupandi iure peculij. Non alia ratione quàm quod adrogator simul cum capite adrogati transtulerit illud in familiam suam.

d. l. miles 4. §. *si paterfamilias D. de castr. pecul.*

An peculiū castrense adrogati transeat in familiam adrogatoris.

ILLATIO IX.

De filiofamilias milite instituto à commilitone.

NOnò ex eodem Principio fit quod Vlp. scribit in *l. miles filiusfamilias* 5. *eod. tit. De castrens. pecul.* militem filiumfamilias à commilitone vel ab eo, quem per militiam cognouit heredem institutum etiam citra iussum patris suo arbitrio rectè gerere pro herede. Dubitationem enim illud faciebat, quòd cùm hic perinde filiusfamilias sit acsi miles non esset, certi iuris est filiumfamilias non posse delatam sibi hereditatem adire sine iussu patris, adeò vt iussum illum præcedere sit necesse, *l. si quis mihi* 25. §. *iussum.* D. de

L. *miles filiusfamilias* 5. D. *de castr. pecul.* L. *si quis mihi* 25. §. *iussum* D. *de acquir. hered.*

acquir.hered. Sed ratio decidendi est, quia in hac hereditate quæ vbi erit acquisita in castrensi peculio futura sit, filius institutus patrisfamilias iure censetur, eámque pleno iure sibi potest acquirere ita vt non sit verendum ne ex ea causa pater obligetur, quippe qui nihil omnino iuris in ea hereditate viuo filio habere vnquam possit *l.imperator 50.vers.post decreti D.ad SC.Trebell.* At quod placuit, non posse filiumfamilias hereditatem sibi delatam adire nisi præcedente iussu patris in cuius est potestate non aliam rationem habet, quàm ne alioqui fiat vt inuitus pater æri alieno hereditario per filium obligetur vt scriptum est in *l.qui in aliena 6.D.de acquir.hered.* cuius scilicet æris alieni dissoluendi obligatio contrahitur per aditionem hereditatis, & aliam speciem quamlibet vniuersalis successionis *l.more 8.eod.tit.l.quæ dotis 33.D.solut.matrim.l.non enim 38.D.ad SC.Trebell.* Nihil ergo causæ est cur hic filiusfamilias de quo agimus expectare debeat iussum patris ad hereditatem acquirendam quæ sibi in militia vel ex causa militiæ fuerit delata. Nec ad rem pertinet quod si contingat eum postea mori viuo patre futurum est vt pater sit heres eius ipsius cui filius viuens heres fuerit vt scripsimus *illat.2.sup.eod.ex l.1.De castrens.pecul.* Id enim non aliter futurum est quàm si pater vltro & sponte peculium defuncti filij occupare velit: quæ occupatio species quædam est successionis vniuersalis vt diximus, sed voluntariæ. Propter quam causam sic Vlp. loquitur in *d.l.1.si peculium apud patrem remansit* & in *l.2.eod.bona eius non quasi hereditas sed quasi peculium patri deferuntur.* Vt significet in arbitrio patris esse vt peculium sibi retineat si velit, non etiam cogi eum vt omnimodo retineat tametsi nolit. Alioqui non tam deferri peculium patri quàm acquiri dicendum esset si quemadmodum filiusfamilias suus & necessarius patri heres est, ita & vicissim pater filio necessarius heres vel successor esse intelligeretur. Delatum siquidem illud dicitur quòd quis si velit possit consequi vel repudiare *l.delata 151.De verb.signific.* Acquisitum verò quod repudiari amplius nequeat *l.1.§.decretalis D.de success.edict.* Itaque ea quæ patri per filiumfamilias sic acquiruntur vt ne momento quidem temporis in persona filij constitisse acquisitio intelligatur *l.placet 79.De acquir.hered.l.1.D.si à parent.quis manum.* filio quidem delata dicimus, acquisita nunquam: at patri è contrario acquisita ipso iure, non etiam delata.

L.1.D.de castr.pecul. — *L.2.eod.* — *Quid sit delatum.quid acquisitum.* — *L.placet 79. De acquir. hered.l.1. D.si à pare. quis manu. sit.*

ILLATIO X.

De filiofamilias milite qui seruum sibi ab vxore donatum, inscio patre manumisit.

L.si militi 6. D. de castr. pecul.

DEcimò ex eodem Principio pendet quæstio quam Vlp. tractat in *l.si militi 6.eod.tit.De castrens.pecul.* si filiofamilias militi vxor seruum manumittendi causa donauerit, & is inscio patre manumiserit, an suum libertum fecerit. Quæstio in eo est an valeat manumissio necne. Nam si non valeret, manumissus qui seruus maneret libertus esse non posset. At si valeat, non est dubitandum quin sit ille libertus militis filiifamilias à quo manumissus fuit, cùm peculiares & seruos & libertos id est ad peculij castrensis causam pertinentes habere filiusfamilias miles possit, postquam Adriano placuit vt filiusfamilias miles seruum à se manumissum, cuius nimirum manumittendi ex peculij castren-

castrensis causa ius habuerit, libertũ suũ faciat non patris *l. seruum* 8. D. *de iur. patron. l. 3. §. si quis filiusfamilias* D. *de bon. libert.* improbata Iuliani sententia quæ in contrarium extat in *l. si filiusfamilias* 22. *eod.* facit *l. 3. §. an autem D. de adsign. libert. l. 3. §. miles D. de suis & legit. l. sed si hac lege* 30. *§. sed si castrensem D. qui & à quib. manum.* Itaque post rescriptum illud Hadriani non potest ita concipi quæstio, An filiusfamilias militis seruus castrensis à filiofamilias manumissus, ipsius filij libertus sit an patris, an potiùs vtriusque, sed ita tamen vt filij viuentis causa in eo potior esse debeat, quemadmodum Iulianus existimabat, Sed de illo tantùm quærere possumus an manumissio valeat necne. Respondet verò Vlpianus magis esse vt hic scilicet seruus de quo agimus (ita enim legendum est non *hoc* vt vulgo) castrensi peculio non adnumeretur, & consequenter vt ad patrem militis pertineat, tanquam ei quæsitus per filium: quo admisso illud etiam apparet à filio manumitti eum inscio patre non potuisse, nec proinde filij libertum dici debere, sed seruum patris. Cur verò castrensi peculio adnumerandus non sit, rationem Vlpianus reddit, quia ei vxor non propter militiam sed tanquam vxor nota esset. At id scilicet alludens, quod supra diximus, non quicquid donatur filiofamilias militanti ad castrense peculium pertinere, sed id duntaxat quod ab eo acceperit quem per militiam, id est per militiæ occasionem cognouerit *d. l. 5. l. si fortè* 8. *l. castrense* 11. *eod. tit.* Planè, inquit Vlpianus, si mihi proponas ad castra eunti marito vxorem seruos donasse vt eos manumitteret, liberósque effectos habiles ad militiam haberet, potest dici posse illum sua voluntate, id est sine patris consensu eos manumittendo perducere ad libertatem, cùm appareat non aliud quàm militiam huic liberalitati causam dedisse.

L. seruum 8. *D. de iur. patron. l. 3. §. si quis filiusfamilias D. de bon. libert. L. si filiusfamilias* 22. *eod.*

L. 5 l. si fortè 8. *l. castrense* 11. *D. de castr. pecul.*

ILLATIO XI.

De lite inter patrem & filiumfamilias ex causa castrensis peculij.

VNdecimò ex eodem Principio fit, vt ab ea iuris regula quæ habet inter patrem & filiumfamilias litem nullam esse posse, *l. lis nulla* 4. *l. si à me* 11. D. *de iudic. l. actiones* 7. D. *de oblig. & act.* excipiatur causa castrensis peculij *d. l. lis nulla*, quæ exceptio inepta esset si filiusfamilias militans hoc ipso eximeretur patria potestate, cùm non alius peculium castrense habere possit quàm qui & filiusfamilias & miles est. Ex causa verò peculij castrensis habet filiusfamilias miles hoc priuilegium vt non minùs contra patrem quàm contra quẽlibet alium agere possit, vicissimque à patre non minùs quàm ab alio quolibet conueniri: Sed cum hac differentia, quòd agere ipse nisi ex ea causa quæ castrensis peculij sit, non potest, conueniri verò in rebus castrensibus potest, non à castrensibus duntaxat creditoribus, sed etiam ab aliis quibuscumque, quoniam ex peculio castrensi omnibus creditoribus suis satisfacere & respondere cogitur *l. si castrense* 7. *D. de castrens. pecul.* nimirum in quantum facere potest vt eadem lex ait iunct. *l. miles* 6. *l. item miles* 18. *D. de re iudicat.* Ratio autem huius iuris non alia est, quàm eorum ferè omnium quæ ad hoc Principium diximus, quòd filiusfamilias in peculio castrensi quandiu viuit patrisfamilias iure censeatur.

L. lis nulla 4. *l. si à me* 11. *D. de iud. l. actiones* 7. *D. de oblig. & action.*

L. si castrense 7. *D. de castr. pecul. L. miles* 6. *l. item miles* 18. *D. de re iudic.*

ILLATIO XII.

De filiofamilias milite qui post institutum extraneum decessit superstite patre.

L. proponebatur 9. D. de castr. pecul.

DVodecimò ex eodem hoc Principio pendet quæstio ab Vlp. tractata in *l. proponebatur 9. D. eod. tit. De castrens. pecul.* de filiofamilias milite qui testamento extraneum heredem scripserat, deinde superstite patre decesserat. Nam cùm pater deliberante herede instituto & ipse diem functus esset postea heres institutus repudiasset, quærebatur ad quem peculium pertineret. Ad quam quæstionem priusquàm respondeat Vlpianus præfatur, Castrense peculium filiifamilias siquidem testatus ille decesserit quasi hereditatem deferri heredi scripto, siue extraneum filius heredem scripserit siue patrem. Sed si nihil de peculio filius decernat, non tam intelligi peculium nunc obuenisse patri id est eo tempore quo filius reperitur intestatus, quàm à patre ipso numquam abscessisse, profectúmque fuisse, cui scilicet etiam viuo adhærere semper credebatur iure potestatis: quod conuenit iis quæ suprà diximus *illat. 1. ex l. 2. hoc eod. tit. De castr. pecul.* Hinc verò infert Vlp. si seruo filij castrensi libertatẽ pater adscripserit, móxque filius viuo patre defunctus sit, non impediri libertatem, quæ tamen si filius superuixisset impediretur. Quod ipsum sicut pluribus verbis, ita multò subtilius & elegantiùs tractat Thryphoninus in *l. de hereditate 19. §. pater eod. tit.* Pater, inquit, peculij castrensis filii seruum testamento liberum esse iussit, intestato defuncto filiofamilias, mox patre, quæritur an libertas seruo competat: Occurrebat enim, non posse dominium apud duos pro solido fuisse, id est apud patrem & filium. Atqui negari non potest quin huius serui dominium fuerit penes filium, vsque adeò vt eum quoque manumittere potuerit ex Hadriani constitutione. Quomodo ergo potuit etiam esse penes patrem? Quòd si non fuit penes patrem, quo iure obsecro potuit pater huic seruo dare testamento libertatem? siquidem vt testamento manumissi liberi sint, facit sola lex duodecim tabularum quæ confirmat, quod datum legatúmve est vt Vlp. scribit in *fragment. tit. De libert.* §. 4. At lex duodecim tabularum de illo tantùm patrefamilias locuta est qui rei suæ non qui alienæ legem dixerit *l. verbis legis 120. De verb. signif.* Ergo alieno seruo non potuit pater dare libertatem in testamento *l. seruo tuo 9. C. de testam. manum.* Non magis quàm vindicta, qui tamen casus multò minorem aut potiùs nullam recipit dubitationem, vt idem Thryphoninus subiungit in *vers. non tamen*, vbi ait, si pater vt heres, id est vt dominus (sic enim iam antè nos rectissimè Iacob. Cuiac. interpretatus est ex *§. vlt. Inst. de hered. qualit. & differ.*) viuo filio vindictam seruo imposuit id est eum vindicta manumiserit, non posse dici seruum hunc post mortem intestati filij ex illa manumissione liberum factum fuisse. Nempe quia multò difficilius est, vt potestas & effectus manumissionis quæ per vindictam fit suspendatur in tempus vsque mortis filii cùm sit actus inter viuos, quàm manumissio quæ fit per vltimam voluntatem quæ ipsa sui natura est ambulatoria in tempus vsque mortis testatoris, nec priùs effectum vllum habere potest. Itaque necesse est vt ex manumissione inter viuos facta vel statim libertas directa competat, vel numquam. Etsi autem hæc ratio ostẽdit ius istud esse longè apertius in seruo filij castrensi quem pater vindicta manumittere voluerit, tamen in eo quoque qui testamento manumissus sit idem obtinere

L. de hereditate 19. §. pater eod. tit.

Vlp. in frag. tit. De liber. §. 4.

L. seruo tuo 9. C. de test. manum.

Vers. non tamen d. §. pater.

nere videtur cùm directa libertas testamento data quodammodo per vindicationem legata dici debeat, quæ scilicet nullum heredis factum exigit, at ne quidem consensum. In quo tamen genere legatorum constat ita ius fuisse vt non aliter valerent, quàm si testator & testamenti & mortis tempore dominium iure Quiritium habuisset vt idem Vlp. refert *tit.* De *legat.* §. *per vindicationem.* Addit Thryphoninus vt augeat dubitationem quantum ad libertatem istã à patre datam seruo castrensis peculij, quòd si testamento tam patris quàm filij idẽ seruus accepisset libertatem, & vtrique pariter, id est simul decessissent, ita vt nesciri posset vter prior diem functus esset, non dubitaretur ex testamento filij liberum eum fore non ex testamento patris cùm ex duorũ testamentis libertatem consecutus videri non posset. Sed quamquam hæc omnia non minùs verè quàm subtiliter disputantur, concludit tamen Thryphoninus pro libertate à patre data, Non negans solum filium quandiu viuit, & iure suo vti potest serui huius dominum intelligi, sicut & totius reliqui peculij castrensis, idcóque interim & eo vsque ius patris quod habet tanquam pater & iure potestatis in quolibet peculio filij, non tam extinctum esse, quàm cessare, id est vires suas non exercere, quomodo dicere aliquando solemus de obligatione quæ si extincta esset, numquam reuiuisceret, cessare illam potiùs quàm extinctam esse vt in iis casibus de quibus in *l. qui res* 98. §. *aream* D. *de solut.* Sed intestato postea defuncto filio, placet Thryphonino postliminij cuiusdam similitudine patrem antiquo iure habere peculium, id est eo iure quod obtinebat antequàm constitutiones induxissent vt filiusfamilias miles in castrensi peculio patrisfamilias vice fungeretur: retróque videri habuisse dominia rerum omnium peculiarium: Cui consequens est vt libertas patris testamento data non possit dici absolutè data seruo alieno, id est ab eo, qui testamenti tempore non fuerit dominus iure Quiritium ac proinde inutiliter, sed quemadmodum in suspenso fuit ius & dominium patris, & non apparens potiùs quàm extinctum & nullum quandiu filius vixit, & beneficio constitutionum vti potuit, quousque certum esse cœperit filium suo illo iure neque vsum fuisse, neque vti amplius posse, quod contingit eo demum mortuo intestato, ita fatendum est in suspenso manere hanc libertatem patris testamento datam, vt si filius de hoc seruo aliquid decernat, hoc ipso appareat, inutiliter datam esse à patre libertatem, id est alieno seruo, qui & in filii dominio fuerit, & in duorum dominio esse non potuerit, si verò filius intestatus decedat, & hic idem seruus mortis filij tẽpore in castrensi peculio reperiatur, valeat datio libertatis tãquã ab eo data libertate qui eo dationis tempore dominus iure Quiritium fuisse retrofingatur: Et quidẽ solus, quia cõstitutiones, quæ hac in re filiofamilias militi fauerũt non sustulerũt ius illud patris antiquũ quod bonorũ omniũ cuiuscũque peculij dominium patri acquirebat aut conseruabat, nisi sub ea veluti condicione, si filius miles de castrensi suo peculio decernere aliquid vellet. Quod si non fecerit aliud nihil est quod dici possit, præter id quod dicimus, antiquum illud ius patris saluũ ei atque integrum superesse. Cuius iuris potestas non in alio consistit quàm vt post mortem filii dominium rerum omnium peculij patri non tam acquisitum quàm continuatum videatur, vt ea ostendunt quæ sequũtur apud Thryph. Haud aliter ferè ac dici solet de bonorũ paternorũ dominio post patris mortem in filium continuando *l. in suis* 11. D. *de liber. & posthu.* Nã & suitatis ius quod vocant in persona filij; & peculij occupandi ius in persona patris proficiscitur vtrumque ex patria potestate, quæ facit, vt quicquid est filij

Vlp. in § per vindicationem Tit. de legat.

d. § pater l. de hereditate.

L. qui res 98. §. aream D. de solut.

L. in suis 11. D. de liber. & posthu.

censeatur esse patris,& contrà quicquid patris est, censeatur esse filij, quamuis neque ius dominij quod habet filius in bonis patris etiam viuentis appareat viuo patre, nec similiter ius patris quod habet ille in filij bonis, viuo filio. Hæc tantùm differentia obseruanda est, quod tum quoque cùm pater testamentum fecit in quo filium heredem instituit non eo minùs filius suus heres est ex testamento,& quidem statim vt ait *l. 1. §. qui sunt in potestate D. si quis omiss. caus. testam.* id est ita vt dominium bonorum paternorum in eum continuetur ex testamento perinde atque continuatum fuisset ab intestato si testamentum nullum factum esset quia absurdum esset ob id minùs videri suum heredem filium quòd à patre fuerit institutus. At cùm filiusfamilias testamentum de castrensi peculio fecit,nullum omnino superest ius patris quantum ad peculium castrense nec si pater in eo testamento scriptus proponatur, quia hic casus pertinet ad constitutiones quæ licèt non filium ipsum qui miles est aut fuit,castrense tamen ipsius peculium à patriæ potestatis iure immune reddiderunt. Nec proinde patiuntur,vt in bonis illis castrensibus pater succedat iure patris,sed eodem prorsus iure & modo quo succederet alius quilibet à filio heres institutus,Ergo iure successionis,& nouæ acquisitionis dominij non iure continuationis veræ:Quam dictionem addimus, quia & cùm extraneus heres succedit,continuatio fit dominij rerum defuncti à defuncto in heredem ita vt nullo penitus instanti aut hereditas aut dominium iacuisse intelligatur. Sed ea continuatio fictitia est non vera,cùm inducatur, per retrofictionem illam iuris,quæ facit vt heres quandocumque adeundo iam inde ex die mortis adiisse retrofingatur *l. heres quandocumque* 54. *D. de acquir. hered. l. omnia ferè* 193. *De regul. iur.* At nec aliud facit ea retrofictio nisi vt nullum fuisse dici possit instans medium quo dominium bonorum neque defuncti fuerit, neque heredis,Ne alioqui si vel vnum tale instans reperiretur,hoc ipso inducere tur medium inhabile quod impediret secundum philosophos coniunctionem extremorum, id est, quod faceret ne dominium quod fuisset defuncti transferri posset in heredem, & ita per eiusmodi translationem continuari. At non facit huiusmodi retrofictio,quin semper verum sit acquiri heredi nouum dominium id est quod antea non habuerat, licèt faciat vt ea acquisitio fiat statim,ita vt dominium heredis cum dominio defuncti immediatè continuetur.Longéque aliud est tractare de continuatione dominii nunc primùm acquisiti,Aliud verò de continuatione dominij iam antè acquisiti, quamuis vtraque continuatio dicatur, sed alio & alio sensu. Idque est quod subinde Thryphoninus tractat in hæc verba,Quid autem,inquit,si testamentum fecerit filius,& non sit adita eius hereditas? Non tam facile est dicere continuatum patri post mortem filij rerum peculij dominium, cùm medium tempus quo deliberant instituti heredes imaginem successioni præstiterit, hoc est fecerit ne possit negari quin aliqua filij successio fuerit, & quidem alij delata quàm patri, Vt proinde illud quoque fatendum sit,interruptam esse continuationem illam dominij quæ alioqui futura erat in persona patris, cùm fieri nequeat vt dominium rerum castrensium peculiarium quod patris semper fuisse intelligatur alij medio tempore delatum fuerit à filio inuito patre, immo etiam à lege testamentum filij adprobante. Alioquin si poneres aditam esse ab intestato hereditatem filij, dicendum esset earum rerum castrensium proprie-

L. 1. §. qui sunt in potestate D. si quis omiss. caus. test.

L. heres quādocumque 54. D. de acquir hered. l. omnia ferè 193. de reg. iur.

Dominij cōtinuatio duplicis generis, Scilicet Dominij nūc primùm acquisiti, & dominij iam antè quæsiti d. §. pater l. de hereditate D. de cast. pecul.

proprietatem transisse à patre ad filij heredem, quod tamen absurdum esset, quia dominium quod semel patris esse cœpisset postmodum ab eo inuito abscedere non potuisset *l. si ego 9. §. 1. D. de iur. dot.* Sed tamen magis est, vt hoc quoque casu, sicut in aliis, habeamus in pendenti dominia, id est vtrumque dominium tam patris quàm filij, vt ex postfacto seruum hunc retro patris, aut filij fuisse, vel non fuisse credamus. Filij si de illo filius aliquid decreuerit, siue inter viuos, siue in vltima voluntate quæ habuerit effectum. Patris verò, si vel de eo nihil filius viuus decreuerit, vel decreuerit quidem, sed ita, vt ipsius testamentum destitutum sit herede non adeũte, atque ita pro eo habeatur acsi nũquam factum esset. Hícque sensus est, illius versiculi *nisi in pendenti, vt in aliis & in hac specie habeamus dominia, vt ex facto retro fuisse, aut non fuisse patris credamus.* Sic enim legendum est *nisi in pendenti*, vt vulgo non vt in Florent. *Si in pendenti.* Etsi autem dubitanter magis quàm affirmatiuè loqui Tryphoninus videtur, hoc ipsum tamen pro affirmatione omnimodo accipiendũ est, modo loquendi Iureconsultis nostris familiari, cùm de re dubia sententiam suã modestè, vt decet, exponunt. Idque apparet euidenter ex illis sequentibus *secundũ quod* quorum sensus non alius est, quàm si sic scriptum esset, *Quo admisso & præsupposito pro constanti.* Ergo cùm eam speciem tractemus in qua filius quidem testamentum fecerit, sed quod pro nõ facto habeatur, quia fuerit destitutum, concludendum est, non eo minùs valere ipso iure libertatem à patre datam, vtpote quam verum sit à vero domino datam esse. Nam quemadmodum viuo filio dominium peculij castrensis de quo nondum filius disposuit in pẽdenti est, ita vt nõ possit verè & absolutè dici seruum hũc, aut filij esse, aut patris, ita & mortuo filio quamuis testato dummodo patre adhuc superstite, nihil prohibet idem dominium perinde adhuc in suspenso manere, quandiu in pendenti est, an testamentum quod reuera factum est pro infecto haberi debeat necne, Nisi quod hoc paullò difficilius est propter illam successionis imaginem, quam inducit causa testamenti quandiu aliquis ex eo testamẽto heres speratur. Sed tamen sublato tandem postea testamento, quod herede non adeunte destituitur & fit irritum, imaginem quoque illam successionis, quæ non nisi ex testamento inducta erat sublatam esse necesse est, nec vlla prorsus vestigia eius superesse. Quod si ita est, non potest illa facere quominùs perinde videri debeat peculium semper fuisse in dominio patris acsi filius ab initio intestatus decessisset. Quid enim refert, an ab initio, an ex postfacto intestatus decesserit? cùm vtroque casu locum æquè habeat causa intestati, verúmque sit in totum decessisse filium intestatum, id est non solùm pro toto patrimonio, sed etiam pro toto illo tempore, quod secutum est mortem : in quo vtique nemo negauerit, illud etiam tempus comprehendi, quod medium fuit inter filij mortem, & instans destituti testamenti, Alioqui eueniret, vt filius hic pro parte temporis testatus & pro alia parte intestatus decessisse intelligeretur, quod in filiofamilias pagano non minùs absurdum est, quàm vt pro parte bonorum decedat ille testatus, pro parte intestatus, vt in hac eadem lege *§. filiusfamilias*, Thryphoninus scribit. Subiicit verò Thryphoninus, Secundum hanc sententiam verissimam quæ habet dominium tam patris quàm filij in rebus castrensibus esse in pendenti non solùm quandiu filius viuit, sed eo quoque mortuo, quandiu testamentum in eo est, vt destitui possit, facere´que intestati exitum filius potest, difficile esse expedire, si dum deliberant heredes à filiofa-

Dominium in pendenti.

§. filiusfamilias. dict. l. de hereditate.

milias instituti dies cesserit legati dati seruo istius peculij in testamento eius ex quo pater nihil capere potuisset, an id ad ipsū patrē pertineat, cùm vtiq;, id est sine dubio ad heredem filij qui incapax nō esset legatum illud pertineret. Nec aperit Thryphoninus quid putet ille respondendum ad hanc quęstionem. Sed tamen non est difficilis responsio ex prædictis. Nam si destituto quandocumque testamento res ad eam causam deducitur, vt nullum vnquam testamentum factum videatur, nec proinde dominium quod iure potestatis habuit pater in bonis filij castrensibus ab eo vnquam abscessisse, vt loquitur Vlp. in *d.l.proponebatur*. Consequens est, vt sicuti in hac postrema specie verum est dominium serui retrofingi fuisse semper patris, Ita fatendum sit numquam cessisse vtiliter diem legati relicti seruo incapacis, tametsi cessurus fuerat vtiliter si testamentum filiifamilias destitutum non fuisset, quoniam eo casu heredes à filiofam. instituti quandocumque adeuntes retrofingerentur adiisse ex die mortis filij *d.l.heres* 49. *De acquir.hered.* atque ita nihil prohiberet cessisse vtiliter diē legati relicti seruo eorū quos ponimus fuisse capaces, quomodo cōtingit in aliis omnibus legatis seruo hereditario iacēte hereditate relictis. Facilior tamē, inquit Thrypho. de libertate serui deliberatio est, in priore illa specie in qua filius intestatus decessisse proponitur. Etsi enim vtroque casu idē ius est, vt hæc ipsa verba ostendunt, hoc est, vt valeat ipso iure libertas à patre data tāquā à vero domino propter eas rationes quas attulimus, minus tamē difficultatis habet prior species illa de filio qui ab initio intestatus decessit, id est, qui nūquā fecit testamentū: propterea quòd nulla tunc fuerit imago successionis quę videri possit interrupisse continuationē illā dominij paterni, quę nō nisi aliquo filiifamilias iudicio interrūpi potuit, si is de peculio castrensi, vel inter viuos, vel in testamento aliquid decreuisset. Quod cùm ita sit apparet, non posse defendi quæ apud Thryphoninum sequuntur in hæc verba *nō est ergo ratio respondendi competere libertatem eo tempore datam quo nō fuit in dominio patris*. Etenim quāuis verū sit directā libertatem ab eo qui dominus non sit dari nō posse, tamē ad rē nostram id nō pertinet cùm in suprascriptis speciebus omnibus verum sit quod probauimus serui de quo tractamus dominium solius patris non etiā filiifamilias fuisse ex postfacto non tam retrofingi, quàm apparere, vt Paulus ait in *l.qui res* 98. *§.rem autem* D. *de solut.* vbi quamquam initio scribit quoties castrēsis peculij res à patre soluitur, perinde id accipi debere acsi alienā dedisset, id tamē duntaxat pertinet, vt hac ratione impediatur liberatio, ne per huiusmodi solutionē liberetur statim & ipso iure pater, quomodo liberaretur si suā nō alienā rē soluisset. Cęterùm nō negat Paul[9], immo apertè subiicit posse rē hāc castrēsem residere apud eū, cui soluta est, tāquā bene & à domino solutā, scilicet si filius prior decesserit intestatus: Sed tūc acquisita intelligitur, ait ille, cùm filius decesserit, Et vtique cuius hæc res fuerit patrísne an filij euentus declarabit. Est enim hoc ex iis in quibus quid antea & in pręteritum fuerit, postfacta declarāt, Vt & in specie de qua in *l.huic scriptura* 15.*§.*1.*D.ad leg. Aq.* Est igitur illud etiā ridiculum quod sequitur apud Thryphoninū *Fauorabilem tamen sententiam contrariam in vtroque casu esse non negamus.* Quid enim attinet ad fauorē libertatis recurrere, vbi mera ipsa iuris ratio facit pro libertate? An ergo locum hunc à Triboniano tantopere corruptum esse dicemus? Ego si quis affirmare velit, non valde repugnabo, cùm tot aliis locis videam eum non minore iuris imperitia lapsum, idem facinus attentasse, pręsertim verò in *l.vlt.*

d.l.proponebatur 9. eo. tit. D. castr. pecul.

Emēdatio d. §.pater.

l.qui res 98. §.rem autē D. de solut.

l.huic scriptura 15. §.1. D. ad leg. Aquil.

l.vlt.huius tit. de qua mox dicemus. Sed tamen fieri facilè potest, vt imperiti alicuius interpretis audacia hunc errorem inuexerit, decepti fortasse ex præcedẽtium verborum corrupta lectione, illo loco quem Pand. Floren. sic legũt *quod absurdum est, si pendenti, vt in aliis & in hac specie habeamus dominia, vt ex facto retro fuisse, aut non fuisse patris credamus.* Nam si hoc verè dici posset, absurdum esse in pendenti manere dominia patris & filij, fatendum esset non potuisse à patre dari libertatem huic seruo, quem planè certum est interim, id est quandiu filius viuit, & de eo disponere potest magis filij esse quàm patris. Sed iã docuimus viciosam esse lectionem Florẽtinam, legendúmque esse, vt vulgaris, & Haloandrina editio habet *nisi in pendenti*, vt sit hoc initium nouæ clausulæ, & præcedentia illa *quod absurdum est* puncto conclusa non nisi ad præcedentem clausulam referantur. At pone filiumfamilias hunc fecisse testamentum de rebus castrensibus in quo instituerit heredem patrem, qui iam antea testamento suo dederat huic seruo filij castrensi directam libertatem. Defuncto postmodum filio superstite patre qui & ipse postea decesserit. An dicemus competere libertatem ex eo patris testamento? Hæc quæstio est quæ ex Paulo tractatur in *d.l.vlt.eod.tit.* ad quam sic Paulus respondet *videndum est*, inquit, *nũquid ei comparari* hic seruus *debeat qui cùm manumitteretur alienus erat, deinde postea adquisitus est.* Quibus verbis significat non obscurè libertatem huic seruo competere non posse. Nam quoties seruo alieno libertas non consentiente domino data est, siue inter viuos, siue in testamento data sit, cõstat vsque adeò iuris auctoritate impediri libertatem, vt quamuis postea manumissor domino heres extiterit, non eo magis libertas confirmetur, nec si cognationis iure legitimus heres quis fuisse proponatur *l.si seruo 20.D.qui & à quib.manu.* iunct. *d.l.seruo 9.C.de test.manu.l.Seruius 35.D.eod.§.pen.Instit.de singul.reb.per fideic. relict.* quibus posterioribus locis apertè scriptũ est, nõ aliter directam libertatẽ testamẽto dari posse quàm si is qui dat dominus sit serui vtroque tempore & testamẽti & mortis, Excepto singulari illo casu quẽ Vlpian⁹ tractat in *l.si serui 30.D.de test.manu.* si serui qui apud hostes sunt, testamẽto liberi esse iussi sint. Hos enim placet ad libertatẽ peruenire, id est liberos ipso iure fieri, dũmodo ab hostibus aliquando redeãt, quãuis neque testamenti, neq; mortis tẽpore testantis fuerint, sed hostiũ, tãquã qui ex domini persona ius postliminij habere debeãt in sui cõmodũ propter libertatẽ quã à domino medio tẽpore acceperunt. Apparet etiã ex supradictis locis, Si is qui testamẽto suo directã libertatẽ dedit non fuerit dominus, vtroque tempore & mortis & testamẽti vsque adeò inutilẽ esse dationem libertatis, vt non solùm iurę libertas non competat, sed neque ex ęquitate & fauorabiliter defendatur, Nec si mortis tempore dominus reperiatur is qui nõ fuerat tempore testamenti. Alioqui dicẽdum esset falsas esse leges omnes supradictas & alias similes pene innumeras, quæ denegãt libertatem. Parum siquidem foret dicere libertatem non competere ipso iure quæ ex æquitate & sui fauore tuenda esset. Et tamen in ea specie quam Paulus tractat in *d.l.vltim.* longè aliud concluditur his verbis, *sed fauorabile est libertatem à patre relictam admittere.* Sed quod magis miror illud est, quod statim sequitur, *& ab initio patris esse eum videri ex hoc quòd postea contigit, ostenditur.* Nam si hæc ratio vera est, probat manifestè rationem ipsam iuris facere non fauorem libertatis, vt hæc libertas ipso iure valeat quæ à patre data fuit. Quid enim excogitari potest, quod impedire debeat, quominus cõpetat libertas huic seruo à patre data, si iam inde à testamenti tempore in patris do-

L.vlt.D.de castr.pecul.

L.si seruo 20. D.qui & à quib.manu. l.seruo 9.C. de testam. manum. l. Seruius 35. D.eod. L.si serui 30. eod.ti.

minio fuisse intelligitur, cùm si mortis tempus inspiciatur dubitatio nulla sit quin dominus fuerit pater qui filij sui testamentarius heres fuit? Sed euidenter falsa ratio est, si ratio dici potest quæ est falsa. Cùm enim tractemus eum casum, quo filiusfamilias de castrensi peculio testamentum fecerit, fatendum necessariò est, hoc ipso apparere ex postfacto dominium huius serui non fuisse patris tempore testamenti, sed solius filij, *l. serui* 17. *D. de manu.* posteà verò patri obuenisse ex filij testamento, quod etsi appareret euidentiùs si filius alium quàm patrem heredem scripsisse proponeretur, tamen non ob id minùs certum & verum est, quod pater ipse fuerit institutus. Vritur enim hoc casu pater iure alterius cuiuslibet etiam extranei heredis, ita vt bona filij castrẽsia pertinere ad eum incipiant non tãquam peculium, sed tanquam hereditas, id est non tanquam ad patrem, sed tanquam ad alium quemlibet heredem *d. l.* 2. *d. l. proponebatur* 9. *eod. tit.* Igitur hæc quoque adiectio cùm Paulo adscribi nõ possit, quia falsa est, consequens fit, vt eidem nostro Triboniano adscribenda sit, quem illud sanè fefellit, quod absurdum putauit patrem à filio heredem scriptum ob id solùm quòd scriptus fuerit minus iuris habere in hoc seruo, quàm habiturus erat si filius intestatus decessisset. Videtur enim id παράδοξον vt testamẽto, quo quis heres sit institutus, deterior fiat cõdicio ipsius instituti. At debuit animaduertere hoc casu nocere patri, non quod institutus fuerit à filio, sed quod filius testamentum fecerit, quem intestatum mori oportebat, vt serui cæterarúmque rerum castrensium dominium numquam à patre profectum fuisse ex postfacto intelligeretur. Sublato autem per testamentum filij, iure omni patris, non solùm quod habebat, sed etiam quod sperare vnquã vel per retrofictionẽ poterat in castrẽsi peculio filij, prodest ei proculdubio, quòd fuerit à filio institutus. Siquidem facto testamẽto, si ipse non fuisset institutus, necesse esset alium reperiri institutum, cùm sine institutione nullum sit testamentum, atque ita non potuisset peculium illud castrense filij ad patrẽ vnquã peruenire, neque tanquam peculium, quia peculium esse desiisset facto confirmatóque per hereditatis aditionem testamento, neque tanquã hereditas, quia nõ pater, sed alius heres institutus fuisset. Et verò parũ elegãs planéq; noua est ea locutio, *sed fauorabile est libertatẽ à patre relictã admittere* pro eo quod Tribon. dicere voluit, fauore libertatum defendẽdã libertatem hãc quã pater dedit. Sed & in sequentibus illis *& ab initio patris eum esse* scribendum erat *fuisse* non *esse*, vt in *l. praeced. locutus fuerat Thrypho. in vers. nisi in pendenti*, quæ omnia Triboniani manum minus elegantem tanto apertiùs produnt. Verùm redeamus iam ad Vlpianum nostrũ in *d. l. proponebatur*. Pergit ille priusquàm ad quæstionem à se propositam respondeat præmittere alia nonnulla ex quibus probet, verum esse quod iam dixit castrense peculium si de eo nihil filius aut inter viuos, aut in testamento decreuerit retro videri fuisse patris, nec tam ei per mortem filij obuenisse, quàm ab eo profectum numquã esse. Tale illud est quod ex Marcello subiungit seruum hunc filij peculiarem patri quoque necessariũ heredẽ existere posse, Nimirũ si filio pater superuixerit. Quod tamen verum esse admittíve nullomodo posset, nisi pater qui testamento heredẽ illũ scripserat viuo adhuc filio (sic enim Marcellus haud dubiè intelligendus est ne videatur de indubitabili re tractasse si ponas factũ à patre post filij mortẽ testamẽtum) solus domini seruus retro fuisse crederetur. Necessariũ enim heredẽ facit solum ius dominicę potestatis, & quidem quod penes testatorem fuerit

eo po-

l. serui 17. *D. de manum.*

d. l. vlt. D. de castr. pec.

d. l. proponebatur 9. *eo. ti. De castr. pecul.*

eo potissimùm tēpore, quo testabatur. *§.1. Instit. De hered. qualit. & differ.* Addit Vlp. etsi rem peculij castrensis pater legauerit, idem esse, hoc est eodem casu quo libertatem à patre datam, vel competere, vel impedire diximus legatū quoque, vel deberi, vel impediri. Quod apertius idem Vlp. in *l. seruum filij 44. De legat.* 1. sic exprimit, vt dicat patrem posse seruum filij sui castrensis peculij legare, & si viuo patre mortuus sit filius, & apud patrem peculium remanserit, id est neque à filio viuente fuerit alienatum, neque à patre post filij mortem reiectum; perinde consistere legatum acsi pater eam rem relegasset, quæ ab initio sua pleno iure fuisset: Ratione illa, quòd cùm filius iure suo non vtitur, retro credatur pater dominium in seruo peculiari habuisse. Quibus ita præmissis respondens Vlp. ad propositam quęstionem ait, Cùm heres quem diximus à filiofamilias in peculio castrensi institutum fuisse, repudiauerit hereditatem, quamuis mortuo iam patre retro bonis patris peculiū accessisse, ideóque posse dici etiam aucta fuisse patris bona per hanc repudiationem. Nec est nouum, inquit, vt ex postfacto aliquis eum successorem habuisse videatur, quem mortis tempore habere non potuerit. Nam etsi filius eius, qui ab hostibus captus est decesserit patre captiuo viuo, siquidem pater regrederetur, quasi filiusfamilias peculium haberet hic filius, non hereditatem. Enimuerò si ibidem pater decesserit, quasi paterfamilias legitimum habebit filius successorem. Immo quod magis est retro habuisse creditur eius successor, ea quoque quæ medio tempore filius iste quæsiit, nec heredi patris, si fortè alij, vel in totum, exheredato hoc filio in testamento, vel in partem instituti sint heredes, sed ipsi filio quæsita videbuntur, quod & à Papiniano scriptum est in *l. penult.* D. *de suis & legit.* & à Thryphon. in *l. in bello 12. §.1. D. de captiu. & postlim.* Omnium autem aptissimus ad confirmanda ea quæ diximus & accommodatissimus textus est apud Mæcianum in *l. ex castrensi 18. D. castrens. pecul.* vbi postquàm scripsit, Ex castrensi peculio seruum à patre heredem institui posse, & filium necessarium heredem patri facere, Nimirum si filius hic post patrem & intestatus & non alienato seruo decesserit (alioqui siue testatus sit, siue seruū alienauerit ius patris peremit, atque ita fecit vt alienum non proprium seruum instituisse pater dicendus sit, inauditum verò est, vt per eum seruum qui numquam testatoris fuerit possit quis fieri necessarius heres testatori, quādoquidem per eum quis necessarius heres existere non potest, qui ipse non esset extaturus *l. qui in aliena 6. §. penult. D. de acquir. hered.*) Subiicit generaliter in hæc verba, *Et in summa ea res, hi actus patris, qui ad præsens alienationem alicuius iuris de castrensi peculio præstant, impediuntur, hi verò qui non statim, sed postea quidem efficere solent, eo tempore animaduertuntur, quo effectum habere consueuerunt, vt si eo tempore sit filius cui auferatur, nihil agatur, sin ante decesserit, actus patris non impediatur.* Ex quo statim idē Mæcianus infert, si pater hic viuo filio agat cōmuni diuidūdo aduersus condiuisores (Ex qua causa solēt plerumque fieri ab arbitro adiudicationes per quas alienatur ea pars quæ socio adiudicatur, *l. si quis putās 6. §. si fūdus cōmunis 8. & seq. D. cōmun. diuid. l. 1. & 3. C. eod.*) nihil tamē quod ad castrēsis peculij causam pertineat, patrem alienaturum. Exemplo, inquit, dotalis prædij, quod in iudiciis familiæ ercifcundæ & communi diuidundo, neque in diuisionem, neque in adiudicationem vnquam venit, Non ob id solùm, quòd æquum sit præcipuum illud remanere apud maritum qui onera matrimonij solus sustinet *l. si filia 20. §. hoc amplius D. famil. ercisc.* sed etiam propter adne-

§. 1. Inst. de hered. qual. & differ.

L. seruū filij 44. de leg. I.

L. pen. D. de suis & legit.

l. in bello 12. §. 1. de capt. & postlim.

L. ex castrēsi 18. D. de castr. pecul.

L. si filia 20. §. hoc amplius fami. ercisc.

xum ius vxoris cuius dos esse intelligitur *l.quamuis 72.D.de iur.dot.*& cui dos vt soluto matrimonio reddi debeat fieri potest.Nã si eo tẽpore quo cõmunio & societas bonorũ diuideretur in ea causa esset dos, vt certũ esset eã,vel partẽ eius reddi numquam oportere,diuidere illa illiúsve partem quæ nũquam restituenda esset inter socios iudex deberet *l.quod si eo tempore 66.* iunct.*§.vlt.l. præced.*D.*pro socio.* Similiter igitur dicendum est bona filij castrensia patre agente communi diuidundo in diuisionem venire non debere,cùm fieri possit non solùm vt ad filium pertineant, sed etiam ita pertineant, vt numquam patris fuisse dici possint, nempe si de iis aliquid filius, siue inter viuos, siue in testamento decernat. Sed nec si socius vltro cum eo aget, inquit Mæcianus, id est cum patre ad diuidendas res peculij castrensis sicut & cæteras quæ sunt propriæ patris, quicquam agetur, id est nihil ideò ex castrensibus socius consequetur, non magis quàm si cum eo ageret cui bonis interdictum esset. Nam & huic patri interdictum est, ne quid ex filij sui peculio castrensi alienare possit,quippe quod à patris patrimonio quandiu filius viuit & in eo est,vt de illo possit disponere,sit ex constitutionibus separatũ. Si tamẽ seruos ex eo peculio in quibus habeat alius vsumfructum,velit pater eo vsufructu liberare, itémque prædia tã vsufructu quàm cæteris seruitutibus, quæ à solis prædiis non etiam ab hominibus deberi possunt, vnde & prædiorum appellãtur, dubitandum non est quin id liceat patri,quod liceret etiam prodigo cui bonis esset interdictum.Nam & ei permittitur condicionem suam meliorem facere non etiam deteriorem. At è contrario, neque seruis ex eo peculio vsumfructũ,neque prædiis,vel vsumfructum, vel seruitutem imponere pater poterit,quoniam fieret ea ratione deterior condicio peculij quod non ab alio fieri potest,quàm ab eo qui in præsens dominus sit pleno iure.Quæ sententia & ratio est eorum de quibus idem Mæcianus tractat in *§.seruos eod.leg.*subinde quærit ille in *§.si quando*, Si ex peculio filius rem alienam bona fide tenebit,an pater eius actionem in rem,vel ad exhibendum pati debeat, vt cæterorum filiorum nomine pati solet,id est eorum qui castrense peculium non habent. Sed verius est, inquit, cùm peculium hoc à bonis patris separetur, scilicet ex cõstitutionibus quæ filiumfamilias in eo peculio patrisfamilias iure censeri voluerunt, non esse imponendam patri defensionis necessitatem.Dixi separari peculium hoc à bonis patris ex constitutionibus, vt excludã separationẽ illam quæ interdum fit ex prætoris edicto De separationibus, de qua in *l.1.§.si filiusfamilias 11.eod.tit.De separ.*Non enim separatio illa est bonorum filij castrensium à bonis patris quæ iam sunt ex constitutionibus & ipso iure separata(edictum autem illud prætoris nõ alia bona separat, quàm quæ sint ipso iure confusa)sed creditorum castrensium à cæteris,vt ibidem Vlp.apertè scribit.Quamquam de illius loci sententia videnda sunt,quæ à nobis alio loco fusius sunt explicata.Sequitur apud Mæcianum, Sed nec cogendum esse patrem ob æs alienum,quod filius nomine peculij castrensis fecisse dicetur, de peculio pati actionem, tanquam qui in eo filij peculio nec paterfamilias esse, nec præsens ius vllũ quandiu filiusfamilias viuit,habere intelligatur. Cui consequenter dicendum est,Si sponte pater eius peculij nomine actionem de peculio pati velit, cogendum eum satisdare, & quidem de filio in solidum non peculio tenus defendendo, quia non tanquam pater, sed tanquam alius quilibet ad eam defensionem accedat.Nam & alius defensor quilibet,idipsum facere

l. quòd si eo tempore 66. & §. vlt. l. præced. D. pro socio.

d. l. ex castrẽsi 18. D. de castr.pecul.

§. seruos eiusd.leg.§.si quando ibi.

l.1.§.si filiifamilias De separat.

d. l. ex castrensi.

facere cogeretur *l. sed & hæ persona 35. §. defendere D. de procurat.* Sed & huius filij nomine qui castrense peculium habet, nō aliter mouere actiones pater potest, ad illud scilicet peculium pertinentes, quàm si satisdederit filium ratam rem habiturum: Siquidem & in alio quolibet qui alieno nomine ageret idem obseruaretur *tot. titu. D. rat. rem haber.* His iungenda sunt quæ infra scribemus illat. 17.

ILLATIO XIII.

Ex castrensibus filij bonis nihil patribus deberi.

DEcimotertiò ex eodem Principio fit quod iuxta notam Marcelli Pomponius tradit in *l. ex nota 10. D. de castrens. pecul.* ex castrēsibus filij bonis nihil patribus deberi. Sensus enim est, quamuis pater ius potestatis suæ retineat non minùs in filium qui castrense peculium habet quàm in cæteros, non tamen inde fieri, vt quicquam iuris habere debeat in eo peculio quandiu filius viuit *l. Imperator 50. D. ad SC. Trebell.* Sed nec mortuo filio debetur patri vlla portio ex castrensibus rebus, cui tamen ex bonis filij emancipati tam antiquo, quàm prætorio iure aliqua deberetur, id est tanquam patri, & tanquā manumissori *l. 1. in princip. & §. vlt. D. si à paren. quis manum. sit.* Nempe quia quod emācipatus bona aliqua habere potest, cōsecutus est ex beneficio patris, cui alioquin omnia iure potestatis erat acquisiturus, vt Vlp. præfatur in princ. *d. l. 1.* At quod filiusfamilias castrense peculium sibi proprium habere possit, in eóque patrisfamilias iure censeatur non habet à patre, sed illo etiam inuito ex constitutionibus in præmium militiæ suæ laborúmque à se pro republica toleratorum. Aliò pertinet quod dici solet de militis testamento inofficioso nec patrem, nec alium vllum etiam militem dicere posse *l. si instituta 27. §. de inofficioso 1. D. de inoff. testam.* Aliud enim & separarum militis priuilegium illud est, vt eius testamentum, siue paterfamilias, siue filiusfamilias sit per querelam inofficiosi testamenti numquā subuerti possit, siue militari, siue cōmuni iure testamentū factō proponatur *l. de inofficioso 9. C. eo.* At nos tractamus de priuilegio non militis, sed peculij castrensis quod habeat filiusfamilias etiā paganus, & dicimus ex eo peculio neq; legitimā vllā portionē, neque aliud quicquā deberi patri, propter quod permittendum ei sit, vt siue per querelam inofficiosi, siue alio modo filij iudicia impugnet. Immo & si pater à filio in eo castrensi peculio heres scriptus sit, & grauatus legatis, vel fideicommisso falcidiam deducere nullam potest, quamuis hactenus ei parcatur, vti ne supra vires patrimonij quicquam præstare teneatur *l. 1. §. denique D. ad SC. Trebell. l. pater qui castrense 17. §. 1. D. de castrens. pecul.* Ex quibus tamen locis apparet, ita demum falcidiam ex peculio castrensi detrahi non posse, si filius testatus sit eo tempore quo militabat, vel intra annum quàm militare desierat, non item si post annum. Quò etiam pertinet quod scriptum est in *l. si miles 92. D. ad leg. falcid.* Vsque adeò autem nec patribus aliquid ex castrēsibus filij bonis debetur, vt si quis à fratre suo, eodémque commilitone in eisdem castris heres institutus sit placeat successionē defuncti in castrensi peculio superstitis potiùs quàm patri cōmuni in cuius potestate vterque fuit per se perstitē quęsitā videri *l. cùm allegas 4. C. de castr. pec. milit. præfect. lib. 12. tit. 37.* vbi rationem Imp. Gordianus reddit, quòd peregrinationis labor sociatus, commilitij

L. ex nota 10. eo tit. De castr. pecul.

l. imperator 50. D. ad SC. Trebell.

Plus iuris habet pater in bonis defuncti filij emancipati quàm in castrensi peculio filij militis.

L. si instituta 27. §. de inofficioso 1. D. de inoff. testam.

L. de inofficioso 9. C. eod.

L. 1. §. deniq; D ad SC. Treb. l. pater 17. §. 1. D. de castr. pec. l. si miles 92. ad leg. falci.

L. cùm allegas 4. C. de cast. pec. milit. præf.

ius(sic enim lego non *eius*)& obeundorum munerum consortium adfectioni fraternę nõnihil addidisse,quinimo vice mutua chariores inuicem sibi eos red didisse credendum sit.Dubitandi enim ratio illa erat quod frater fratrem potius tanquam fratrem quàm quasi commilitonem instituisse videretur, Quod si ita esset dubitari non oporteret quin ad castrensis peculij causam fraterna illa hereditas pertinere non posset,vt suprà diximus ex *l.5.6.8.& 11.D.eod.*Vt euenit facto ante commilitium testamento,vt loquitur & distinguit Tryphon. in *l.de hereditate,19.in prin.eod.tit.* qui locus in hac quæstione notatu dignissimus est.

ILLATIO XIIII.

De filiofamilias milite in adoptionem dato.

l.pater qui dat 12.eo.ti. l.in adoptionibus 5. D. de adopt.

DEcimoquartò ex eodem Principio fit vt pater filium militẽ alij in adoptionem dare possit *l.pater qui dat* 12.D.*eod.tit.De castrens.pecul.* quod ius constat proprium esse eorum patrum qui liberos habent in potestate *l.2.l.in adoptionibus* 5.D.*de adopt.* Non tamen consequens est,vt pater qui filium militem dat alij in adoptionem, possit etiam ei auferre peculium quod semel militiæ iure filius tenuerit,id est peculium castrense,vt Papin.monet in *d.l.pater.*Vbi ex eo infert, Multò maiori ratione dicendum esse, nec emancipando filium posse patrem hunc ei aufferre peculiũ,quod nec in familia retento aufferre potest. Cur enim plus iuris habeat pater in peculium filij castrẽse filium emancipando,quàm ipsum in potestate sua retinendo? Nec est cõtrariũ quod scriptum est in *l.4.§.vlt.D.de dol.except.* patri licere in rebus peculiariis deteriorem facere condicionem liberorum.Id enim ad peculium profectitiũ pertinet,quod licèt filij quodammodo esse dicatur, magis tamen est patris, cùm non nisi vno casu ad filium pleno iure spectare possit,Nimirum si patris bona à fisco propter debitum occupata sint, quo casu peculium ex Claudij constitutione filio separatur *l.3.§.sed vtrum in fin.l.patri 27.in princip.D. de minor.* Sed peculij castrensis alia ratio est,in quo scilicet nihil iuris pater habet quandiu filius viuit,& de peculio illo decernere aliquid potest, cùm vt sæpius diximus filiusfamilias in eo patrisfamilias loco & iure censeatur *d. l.2.* D. *de SC. Maced.l.vlt.D.ad SC.Tertyll.*

l.4.§.vlt. D. de doli mal.except.

l.3.§. sed vtrum l. patri 27.D.de minor.

ILLATIO XV.

De dote filiofamilias militi data,vel promissa.

l.dotem.16. D.de castr. pecul.

DEcimoquintò ex eodem Principio fit quod Papin.respondit in *l. dotem* 16.*De castr.pec.*dotẽ filiófamilias datã vel promissam in peculio castrẽsi nõ esse.Nec ea res,inquit,cõtraria videbitur ei quod Diui Hadriani tẽporibus placuit filiũfamilias militẽ vxori à qua scriptus fuerat heredẽ extitisse & hereditatem in castrẽse peculium habuisse,ob idque seruos hereditarios ab eo manumissos proprios eius libertos factos esse,vt idem Papi. addit in *l.Diuus Hadrianus 13.eod.tit.*& Modestinus in *l.seruum* 8.D.*de iur.patron.*Nam differentia inter dotem & hereditatem non inelegans illa est,quòd hereditas,inquit Papinianus,aduẽtitio iure quæritur.Dos autem matrimonio cohærens oneribus eius

l. Diuus Hadrianus 13 eo l.seruũ 8.D.de iur. patron.

eius ac liberis communibus, qui sunt in aui familia confertur. Quibus verbis ostendit Papinianus non modò filiumfamilias militem in familia & potestate patris sui remanere, sed etiam quod est omnino consequens, liberos ex eo susceptos in eadem esse familia & potestate, ob idque æquum esse dotem retineri ab auo, cuius oneri sint liberi ex illo matrimonio suscepti, sicut & cætera omnia onera matrimonij propter ius patriæ potestatis *l. penult. D. de agnosc. & alend. liber.* Perpetuum namque est vt ibi dos esse debeat vbi sunt onera matrimonij *l. si is qui 56. §. ibi dos D. de iur. dot. l. quamuis 75. eod. l. si filia 20. §. hoc amplius D. famil. ercisc. l. actione 65. §. vlt. D. pro socio.* Ex eo autem Hadriani rescripto per Papinianum relato, intelligimus, quod supradictum est ex Vlpiano in *l. si forte* 8. *De castr. pecul.* si fortè vxor marito suo filiofamilias aliquid donauerit, aut legauerit, quamuis expresserit nominatim vt in castrensi peculio id haberet, non ideo tamen castrensi peculio adgregari debere, ita accipiendum esse si donatum sit filiofamilias à militia reuerso nec amplius in castris agenti. Alioqui si eo tempore filiusfam. militabat dicendum est saltem post rescriptũ Hadriani quicquid vxor aut cognatus aliquísve ex parentibus ei dederit siue hereditatis, siue legati, siue donationis alióve quolibet titulo (nihil enim refert) in castrensi peculio id adnumerandum non solùm si expressim id cautum sit sed etiamsi nihil de eo dictum fuerit *l. castrense* 11. illis verbis *quod à parentibus vel cognatis in militia agenti donatum est eod. tit.* Nam quæ postea in eadem lege adhibetur distinctio, An perinde filiusfamilias extra castra fuerit ista acquisiturus, ad ea pertinet quæ aliunde ille acquisierit non ad ea quæ à parentibus aut à cognatis aut ab vxore. Hæc enim filiofamilias militanti delata vsque adeo peculij castrensis esse constat, vt dubitatum sit, An quæ pater filio militi à castris reuerso donauit eodem iure censeri debeant, Etsi placet eidem Papiniano nõ debere, id est non castrensis peculij id fieri, sed alterius peculij perinde acsi filius ille numquam militasset. *l. pater milite* 15. *eod.* Atqui suprà diximus *illat.* 4. maternam hereditatem filiofamilias etiam in castris delatam ad castrense peculium non pertinere ex *d. l. 1. C. de castrens. pecul. milit. præfect. lib.* 12. *tit.* 37. Sed non sunt ista contraria. Hereditas enim quam lex sola defert non potest videri delata filio militi tanquam militi, sed tanquam filio *l. tutelas* 7. *D. de capit. min.* At si mater condito testamento filium militantem heredem instituat, credẽda est non tantùm naturæ & sanguinis ratione, sed potissimum iusta erga rem publicam adfectione filium tanquam de repub. bene merentem instituisse, cũ disciplina castrorum antiquior fuerit parentibus romanis, quàm charitas liberorum, vt non minùs grauiter quàm eleganter Paulus scribit in *l. postliminium* 19. *§. filius quoque De captiu. & postlim.* Nempe quod parentum ipsorum votum si ij sint quos esse decet, tale esse debeat, vt ipsi quoque de patria & republica priùs quàm de proprijs liberis bene meriti videri possint, quod ita demum consequuntur si liberos susceperint quos videant reipublicæ quàm ipsis parentibus vtiliores. Alia ergo hac parte erit condicio cognatorum, ad quos aut nihil aut parum pertinet, an cognatus miles ab aliquo eorum institutus reipublicæ operam nauet necne, cùm non eo magis futurum sit vt ipsi quoque de republica bene meriti videantur, Vt ex illo apparet, quod non idcirco præmia vlla sperare possunt, quæ sperant & consequuntur parentes qui liberos susceperunt, sicut & è contrario pœnas ex legibus sentiunt qui vel cœlibes vel orbi vel solitarij sunt vt Vlp. tractat in *fragment. tit. De cœlib. orb. & solitar.*

L. pen. D. de agnosc. & alend. liber.

L. si fortè 8. D. de castr. pecul.

L. castrense 11. eod.

L. pater milite 15. eod.

l. 1. C. de cas. pec milit. præf.

L. postliminium 19. §. filius quoque De capt. & postlim.

Vlp. in frag. Tit. De cœlib. orb. & solit.

d.l. dotem 16. §. hereditatem. Indéque est fortasse quod Papinian. respondit in *d. l. dotem* 16. §. *hereditatem*, Non videri castrensi peculio quæsitam hereditatem quam frater patruelis in alia prouincia stipendia merens fratri patrueli cum quo numquam militauerat, reliquerit: Propterea quòd sanguinis ratio, inquit, non militiæ causa meritum accipiendæ hereditatis præbuisse videatur. Nam de hereditate testamentaria non de legitima loqui Papinianum constat ex verbo illo *reliquit* quo vtitur. *d.l. castrense 11. eod.* Nec pugnat quod in *d. l. castrense*, eadem prorsus ratio videtur constitui parentum & cognatorum, iis verbis *quod à parentibus vel cognatis in militia agenti donatum est*. Potest enim hac parte separari institutio heredis à donatione, quod ad cognatos pertinet, in hoc nimirum vt donatio non etiam hereditas testamentaria à cognato relicta militanti, acquiratur castrensi peculio: ideò fortasse, quòd hereditas tum etiam cùm agnato proximo relinquitur, qui ab intestato eam perinde habiturus erat, sanguinis potiùs quàm adfectionis ratione relicta videri debet: Quod in donatione non similiter tractari potest, quia sanguinis iure nemo succedere potest ex donatione nisi concurrat adfectio & liberalitas donantis, Cùm tamen etiam tacente cognato hereditas ipsius ad cognatum proximum iure successionis & sanguinis pertineat. Vxor verò cui hac in re comparabitur? parentíne an cognato? Parenti, propter maximam illam & indiuiduam inter coniuges coniunctionem, quæ cùm si non maior saltem non minor sit quàm inter parentes & liberos, facit proculdubio, vt quod vxor marito militanti relinquit titulo institutionis & hereditatis potiùs tanquam militi, quàm quasi marito reliquisse videatur. Præsertim cùm alioqui non potuisset vxoris hereditas iure sanguinis ad maritũ vnquam peruenire. *l. 1. C. vnde vir & vxor.* Quamquam si quis velit accipere generaliter quod scriptum est in *d. l. castrense*, id est eandem prorsus hac in re constituere rationem & parentum & cognatorum & hereditatis & donationis, facilè poterit respondere ad Papin. in *d. §. hereditatem*, nec loqui eum nec debere intelligi de hereditate quam patruelis frater militans dederit patrueli militanti, sed quam reliquerit patrueli, qui aliquando quidem militauerat ob idque peculium castrense habebat sed eo tempore iam desierat militare quo demum casu locum habet quod scriptum est in *d. l. si fortè* 8. non etiam quod in *dict. l. castrense* 11. *& in d. l. Diuus*. Et hoc mihi probabilius videtur, ex illis verbis *d. l. castrense in militia agenti & d. l. Diuus quem militantem, & d. l. dotem filiumfamilias militem*. Filiusfamilias enim miles non ille dicitur qui aliquando militauit, sed qui militat etiam nunc, vt loquitur Thryphoninus in *l. penult.* §. *filiusfamilias eod. tit.* iunct. *l. pater milite* 15. *in princip.* qui locus Papiniani quoque est *eod. tit.*

ILLATIO XVI.

De filiofamilias milite ab hostibus capto & apud eos defuncto.

L. filiusfamilias 14. D. eod. de castr. pecul. DEcimosextò ex eodem Principio fit quod idem Papin. scribit in *l. filiusfamilias* 14. *in princip. eod. tit. De castrens. pecul.* filiofamilias milite ab hostibus capto & apud hostes vita defuncto, quamuis lex Cornelia subueniat heredibus institutis, tamen iis cessantibus, id est si heredes esse vel nolint vel non possint iure pristino peculium patrẽ habere, id est eo iure antiquo quod obtinuit ante constitutiones quæ filiumfamilias in peculio castrensi patremfamilias fecerunt, peculium castrense retinere. Nimirum iure patriæ potestatis, quod

quod etiam post constitutiones illas superest, quamuis quod ad peculij castrẽsis dominium pertinet, valde fuerit imminutum, data scilicet potestate filiofamilias non obstante iure patriæ potestatis de eo disponendi vt in superioribus explicauimus. Notandum autem est, quod supradicto loco Papin. scribit legem Corneliam de captiuis apud hostes defunctis hoc casu ad filiifamilias quamuis pagani testamentum pertinere. Id enim abhorret à iuris regulis, quia sicut regulariter filiusfamilias nulla bona habet, nec habere potest, ita nec per legem Corneliam fieri potest, vt heredem habeat is qui nulla bona in ciuitate reliquit *l. lex Cornelia 28. vers. quia non efficitur* D. *de vulg. & pupill. subst.* De quo in sequentibus latiùs dicemus. Quid tamen si huius militis pater in ciuitate priùs decesserit, relicto nepote ex filio? An similiter testamentum patris rumpetur, in quo præteritus fuerat filius captiuus? Hanc enim quæstionem ad illam Papiniani addit Paulus in *l. si filiusfamilias 39. D. de testam. milit.* Dubitandi autem ratio propter quam videbatur rumpi patris testamentum, illa erat, quia cùm per legem Corneliam filius hic in ciuitate decessisse retrofingatur ad hoc vt valeat ipsius testamentum, consequenter dicendum est non haberi eum pro mortuo apud hostes sed potiùs pro reuerso in ciuitatem: quod si re vera factum esset vtique non posset fieri quin rumperetur patris testamentum in quo eum pater præteriisset, quamuis ab initio valuisset, tanquam præterito eo qui cùm reuera hostium seruus esset, non poterat dici suus heres, id est in ipsius patris potestate *l. si quis posthumos 9. §. si filium* De *liber. & post.* secundum eam illius loci interpretationem & emendationem quàm nos tradidimus *lib. 10. Coniect. cap. 12.* Sed tamen respondet Paulus non rumpi testamentum patris, Quia, inquit, ex eo tempore quo captus est hic filius videtur decessisse, ac proinde non in ciuitatem reuersus fuisse, sed è ciuitate numquam exiisse, quia fictio legis Corneliæ iungit instans mortis cum instanti captiuitatis *l. iusto errore 44. §. vlt.* D. *de vsucap.* Atque ita creditur ille prior, id est ante patrem decessisse, quo admisso desinit locus esse quæstioni an rumpat testamentum patris, ante quod conscriptum filius ipse decesserit.

L. si filiusfamilias 39. D. de testa. milit.

L. si quis posthumos 9. §. si filium D. de castr. pec.

L. iusto errore 44. §. vlt. D. de vsuc.

ILLATIO XVII.

De seruo castrensi stipulante dum heredes à filiofamilias instituti deliberant.

DEcimoseptimò ad hoc Principium pertinet quæstio illa ab eodem Papiniano tractata in *dict. l. filiusfamilias 14. §. 1. eod.* si deliberantibus heredibus à filiofamilias in castrensi peculio institutis seruus hic castrensis peculij interim aliquid stipulatus sit, vel ab alio sibi traditum acceperit, cui acquirat. Respondet verò Papinianus, quod quidẽ ad patris personã attinet, si fortè apud eũ resederit peculium, nullius momenti videri stipulationem & traditionem, cùm in illo tempore inquit, non fuerit seruus patris. Quod autẽ ad scriptos heredes, in suspenso fuisse traditionem aut stipulationem intelligi. Vt enim hereditas fuisse credatur post aditam fieri hereditatem, cùm si quandocũque posteà testamentum filij destituatur, sicuti testamentum nullum ita nec hereditas vlla testamentaria vnquã fuisse videri possit, Ergo nulla penitus, quandoquidẽ legitimam hereditatem filiusfamilias intestatus non magis in castrensi quàm in alio peculio habere vllam potest. Atque ita Papinianus ratiocinatur. Sed

d. l. filiusfamilias 14. §. 1.

longè aliter & melius meo iudicio quod ad personam patris, Vlp. post Marcellum & Scæuolam in *L. in eo 33. De acquir. rer. domin.* vbi eadem proposita quæstione, De eo quod seruo castrensi ante aditam hereditatem filijfamilias militis legatur, vel quod seruus ille stipulatur, Ex cuius scilicet persona vel stipulatio vires habeat vel legatum, Concludit ille verius sibi videri quod & Scæuolæ & Marcello placuit, siquidem adeatur quandoque filijfamilias hereditas, omnia vt in hereditario seruo, si adita non sit vt in proprio patris esse spectanda: Itémque si vsusfructus fuerit huic seruo relictus, modò patri delatum videri, modò heredi, nec à persona in personam credi transiisse. Eadémque distinctione vtendum esse etiamsi res fuerit subtracta, Nempe aut cessare furti actionem (sic enim legendum est sublatis mediis illis monosyllabis *aut non* cùm alia pars distinctionis postea sequatur) si ex testamento adierit heres scriptus hereditatem quoniam hereditati furtum non fit *l. 1. §. Scæuola* D. *si is qui testam. lib. ess. iuss.* Aut si non adierit, patri, inquit Vlp. dabitur furti actio, cui & furtiua condictio danda esset, quam tamen non nisi domino dari constat *l. 1. D. de condict. furt.* Pugnat ergo in hac quæstione Vlpianus ex diametro cum Papiniano, ob ídque nimirum tot ille congerit autoritates Marcelli scilicet & Scæuolæ vt Papiniani autoritatem quæ tum præcipua erat, eleuaret. Nec leue dissensionis argumentum etiam illud præbet quod Vlp. ita scribit *& puto verius.* Solent enim ita scribere Iureconsulti cùm de re valde dubia tractant & in qua conflictus opinionum aliquis sit vel probabiliter esse possit. Immo, inquies, consentit Papinianus cum cæteris, cùm post ea verba quæ nos supra retulimus sequatur apud eundem Papinianum *sed paterna verecundia nos monet quatenus & in illa specie vbi iure pristino apud patrem peculium remanet etiam acquisitio stipulationis vel rei traditæ per seruum fiat.* Ego verò respondeo totam hanc clausulam Triboniani esse non Papiniani, siue sensum, siue verba consideres, quæ sunt parum elegantia præsertim dictio illa *quatenus* qua in hoc sensu nunquam Papinianum aut alium Iureconsultum vsum reperias, itémque quod paternam verecundiam dicit Tribonianus pro fauore qui debeatur patri etiam post filij mortem, quo tamen tempore obsecro quænam verecundia esse potest filij iam defuncti? Aut si verecundiam pro reuerentia accipias quæ patri debeatur vt in *l. penultim.* D. *de furt.* quænam reuerentia patri potest deberi à filio iam defuncto? Sed etsi clausula illa pro Papinianea retineatur, non eo minùs tamen verum erit Papinianum à cæteris dissentire. Cæteri enim pro patre respondent eo casu quo filij hereditas testamentaria non fuerit adita, non fauore vllo patris sed ex mera veráque iuris ratione. Quasi in suspenso fuerit & esse potuerit dominium rei quam seruus hic castrensis iacente hereditate stipulatus sit vel per traditionem acceperit in id vsque tempus quo ex postfacto, tandem constiterit, an aliqua filiifamilias hereditas an nulla fuisse intelligatur, Vt à nobis supra *illa t. 12.* disputatum est apertiùs ex Thryphonino in *l. penult. §. penultim. versicul. Nisi in pendenti hoc eod. tit.* At Papinianus contrà, etiamsi paterna verecundia motus pro patre responderet, hoc ipso tamen ostenderet se putare non aliqua iuris ratione, sed solo patris fauore niti eam sententiam quæ fauet patri. Ne tamen de Papiniani mente locus aliquis dubitandi relictus videri possit, illud omnino facit, quod sequitur de legato quod relictum sit huic ipsi seruo de quo nunc disputamus. Sic enim ille scribit, Legatum quod huic seruo relictum est, quamuis tunc propter incertum nulli sit acquisitum id est

L. in eo 33. D. de acq. rer. domin.

Vlpiani à Papiniano dissensio.

Tribonianismus apud Papinianũ.

L. pen. §. pe. eod. tit.

d. l. filiusfamilias §. fin.

neque patri propter suspensum ius heredum,neque heredibus cùm ante aditam hereditatem incertum esset an seruus ille hereditarius vnquam fuisse videretur,tamen omisso postea testamento id est per heredum institutorum repudiationem destituto,tunc primum & ex eo demum instanti extinctæ successionis testamentariæ patri adquiri per seruum,scilicèt si eo instanti reperiatur pater capax,non etiam si incapax factus proponatur,quamuis tempore cedentis legati capax fuisset,*cùm*,inquit,*si fuisset exemplo hereditatis peculio adquisitum ius patris hodie non consideraretur*.Sensus est,si quemadmodum dicimus adita quandocumque ex filiifam.testamento hereditate seruum hunc fuisse aliquando hereditarium,& consequenter per eum fuisse acquisitum legatum hereditati ac per hereditatem heredi,similiter dici posset in casu contrario id est non adita filiifamilias hereditate acquisitum fuisse legatum peculio & per peculium patri,futurum vt ius patris non esset æstimandum nec ipsius capacitas attendenda ex eo instanti duntaxat quo testamentum fuisset destitutum, sed ex die cedentis legati,quandoquidem ex eo tempore legatum peculio acquisitum esse retrofingeretur.Hanc igitur differentiam inter peculium & hereditatem Papinianus constituit,quod ad acquirendum hereditati dominium legati ex eo tempore quo dies legati cessit, patitur ille & admittit auxilium retrofictionis, non etiam ad hoc vt idem dominium legati peculio ante omissam testamenti causam acquisitum esse intelligatur. Vnde verò hanc differentiam induxit?Ex alia illa,quod non putauit dominium legati peculio acquirendum in suspenso manere posse quantum ad personam patris,sed tantùm quantũ ad personas & ius heredum institutorum : vt præcedentia illa demonstrant *cùm illo tempore non fuerit seruus patris, Quod autem ad scriptos heredes, in suspenso fuisse traditio* &c. At hoc ipsum cur ita?Nec enim Papinianum iuris ignoratione aliqua lapsum esse credibile est,sed probabili potiùs ratione deceptum.Puto autem non aliam Papin.rationem esse potuisse,quàm quæ à Thryphonino disputata est in *d.l.penult.§.penult eod*: quòd cùm filiusfamilias testamentum de castrensi peculio fecit,etsi non sit adita eius hereditas,difficile tamen est dicere continuatum patri post mortem filij rerum peculij dominium,Cùm medium tempus quo deliberant instituti heredes,imaginem successioni præstiterit,atque ita fecisse videatur ne vnquam possint extrema coniungi ne quidem per retrofictionem tanquam medio inhabili interposito,quod extremorũ cõiunctionem & retrofictionis potestatem impedire solet *l.penult.D.rat.rem haber*.Nam inter duo illa instantia quæ hîc coniungenda sunt ad inducendam in persona patris continuationem dominii, quorum primum instans illud fuit, quod præcessit filij testamentum, alterum verò illud quod proximè secutum est testamenti destitutionem,medium illud proculdubio inhabile est quo fuit aliqua filij hereditas,aut imago etiam si voles hereditatis, siquidem fieri nequit vt eodem tempore peculium castrense & peculij & hereditatis iure post filij mortem censeatur.Nec sanè esset,quod responderi posset,si imago illa successionis totúmque illud medium tempus quod fuit heredibus deliberantibus non pro eo haberetur destituto quandoque postea testamento,acsi nũquã fuisset.Quomodo enim potest impediri coniunctio extremorum tanquã per medium inhabile,si nullum medium fuisse creditur? Vt autem ea fictio inducatur per quã fiat,vt mediũ quod aliquãdo re vera fuit pro eo habeatur, quasi nũquam fuerit,facilè in proposito fieri potest,quia mediũ illud tale fuit vt so-

Differentia peculij & hereditatis.

d.l.pen.§. pen.D.de castr.pec.

lo iuris intellectu substiterit, quoniam sola iuris potestate inducitur fictio & ius hereditatis *l.hereditas* 50.D.*de petit.hered.* Neque video qua ratione id Papinianus negare possit cùm fateatur, quod & verum est, seruum hunc non aliter posse videri vnquam fuisse hereditarium, quàm si hereditas filijfamilias postmodum adita fuerit. Consequens enim est vt ea numquam adita, & omisso quandocumque testamento seruus hic qui numquam hereditarius fuerit semper manserit peculiaris, ac proinde in pristino iure ac dominio patris, nõ aliter quàm si de castrẽsi peculio filiusfamilias nullomodo testatus fuisset, qui tamen casus nullam vtique haberet dubitationem. Quid enim referre potest an testamentum nullum à filio factum sit, an quod factum est fuerit destitutũ atque ita pro numquam facto habeatur? Multò minus ergo possit quis pro Papiniano rationẽ vllam adferre propter quam dicendum sit pendente ac incerto eo an heredem aliquem ex testamento filiusfamilias habiturus sit, in suspenso etiam non manere dominium huius serui, sicut & cæterarum rerum omniũ peculiarium, vt concludit Thryphon. in *d.l.pen.§.penult. versicul. Nisi in pendenti.* Quo tamen admisso, quid obsecro impedit quominus destituto testamento quicquid hic seruus vel stipulatus est vel per traditionem accepit vel ex legato meruit, patri interim pristino iure retro quæsitum esse intelligatur? Itaque non dubito quin verior sit sententia Vlpiani quæ non solùm tot tantósque habeat assertores, Scæuolam, Marcellum, Thryphoninum, sed etiam meliore nitatur ratione quam nec Papinianus negare possit. Cùm verò ex *d.§.vlt.l.filiusfamilias*, appareat quid Papinianus senserit in legato quod huic seruo relictum est, scilicet non retrofingi illud acquisitum patri ex eo tempore quo dies legati cessat, sed tunc demum cœpisse acquisitum esse quo reuera destitutum fuit testamentum, Intelligimus tanto manifestius non posse Papiniano adscribi clausulam illam quam nos Triboniani esse diximus *sed paterna verecundia nos mouet quatenus & in illa specie vbi iure pristino apud patrem peculium remanet, etiam adquisitio stipulationis, vel rei traditæ per seruum fiat.* Alioqui ratio quærenda erit quæ numquam reperietur. Cur non eadem adiectio idémque temperamentum placuerit Papiniano tractanti de legato, & quænam hoc casu ratio differentiæ constitui possit inter stipulationem & legatum, quam nec vllam agnoscit Vlpianus in *d.l.in eo*, vbi promiscuè tractat de stipulatione ac legato, & in vtroque idem vult esse ius patris in iure siue actionis siue dominij per seruum peculiarem patri acquirendo si postea quandocumque contingat, destitui testamentum. Illud non possum prætermittere Vlpiani textum in *d.l.in eo* 33.*§.vl.* corruptum esse in illis verbis *ex persona defuncti vires consumit.* Legendum enim est *contractus sumit* nato errore ex eo, quod paucioribus literis vt fieri solebat, scriptum esset *con.* pro contractus sub iuncto puncto. Sensus enim est, quoties seruus hereditarius stipulatur vel per condicionem accipit, ex defuncti persona contractum sumere vires, quia vt subiicitur in *l.seq.* hereditas non heredis sed defuncti personam repræsentat.

L.hereditas 50.D.de pet. hered.

§.vlt.d.l.in eo 33. de acquir.rer.domin. emendatus.

ILLATIO XVIII.

De eo quod pater filiofamilias militi à castris reuerso donauit.

DEcimooctauò ex hoc eodem Principio fit, quod idem Papin. scribit in *l. pater milite* 15.*in princip.eod.tit.De castrens.pecul.* Si pater militi filio à castris reuerso aliquid donauerit, non facere id castrensis peculij, sed alterius peculij

L.pater milite 15. D.de castr.pecul.

culij id est profectitij acsi filius numquam militasset: Nempe quia quod filius militauit non fecit quominus manserit ille in patris potestate acsi numquam miles fuisset. Ac quamuis militia faciat vt etiam à castris reuersus peculium castrense habere adeóque per occasionem præteritæ militiæ sibi acquirere illud possit, in eo tamen genere poni non potest quod pater filio reuerso nec amplius militanti donauerit, quia id demum castrensis peculij esse videri debet, quod à parentibus vel cognatis in militia agenti donatum est *d. l. castrense* II. *eod.* non quod reuerso, Idque mirificè conuenit cum ijs quæ diximus *illat.15. in fin.* Mirum tamen illud videri potest cur non ea potiùs capiatur interpretatio, quæ faciat vt donatio à patre in filium collata valeat, cùm certi iuris sit donationem à patre collatam in filiumfamilias ex causa vel vt dicam meliùs in causam alterius quàm castrensis peculij nullomodo valere propter vinculum patriæ potestatis *l. siue emancipatus* 17. *ad fin. C. de donat. l. donatione* 13. *C. de collat. l. 2. C. de inoff. donat.* ob idque necessariam fuisse etiam ante constitutionem Iustiniani in *l. donationes quas parentes* 25. *C. de donat. int. vir. & vxor.* ad hoc vt donationes huiusmodi saltem morte patris, eiusdémque donatoris confirmarentur. Sed respondendum est inutilem quidem esse donationem quod ad hoc vt ex ea pater obligetur filio ne rem à se donatam quasi alienatam reuocare possit, quia vinculum patriæ potestatis facilius patitur vt dominium rei alicuius etiam inuito patre filiofamilias acquiratur, quàm vt filio pater vlla ratione obligetur *l. imperator* 50. *D. ad SC. Trebell.* Sed tamen non vsque adeo inutilem esse quin prosit ad faciendum vt quod filiofamilias à patre donatum est ei aliquomodo acquiratur, scilicet iure peculij profectitij. Adeo vt eodem filio postea emancipato si peculium ei ademptum non sit, quod adimi potest quandocumque volente patre dummodò non post perfectam emancipationem, hoc ipso donationem ex postfacto confirmasse pater videatur vt idem Papin. respondit in *l. donationes* 31. *§. pater D. de donat.* Quod ergo peculij profectitij fieri potest, nihil necesse est vt castrensi adscribatur. Cessante scilicet fauore militiæ in persona eius qui militare desiit, nisi cũ adquisitio proficiscitur ex eius liberalitate quem verè castrensis notitia vel adfectio impulerit ad donandum. *d. l. si fortè* 8. *De castr. pecul.*

L. castrense II. eod.

L. siue emancipatis 17. ad fin. C. de donat. l. si donatione13. C. de collat. l. 2. C. de inoff. donat. l. donationes quas parentes 25. C. de donat. int. vir. & vxo. L. imperator 50. D. ad SC. Treb.

L. donationes 31. § pater D. de donat. d. l. si fortè 8. D. de castr. pecul.

ILLATIO XIX.

De filiofamilias stipulante à patre ex causa peculij castrensis.

DEcimonono ex eodem Principio fit, vt si stipulanti filiofamilias qui miles vel adhuc sit, vel aliquando fuerit, pater spondeat, siquidem ex causa peculij castrensis, stipulatio teneat. Ex qualibet verò alia causa non teneat, eadémque distinctio seruanda sit si è contrario pater à filio stipuletur, vt idem Papin. scribit in *d. l. pater §. 1.* Nimirum quia non militia, sed solum castrense peculium facit, vt filius in eo peculio paterfamilias existimetur quemadmodũ toties diximus. Extra causam igitur castrensis peculij cùm filius non solùm filiusfamilias reuera sit qualis semper est, sed etiam pro tali habeatur, consequẽs est vt neque ipse à patre neque ab ipso pater stipulari possit, quoniam ius patriæ potestatis facit vt patris & filij vna eadémque persona esse existimetur *l. eum qui ita* 56. *§. qui sibi D. de verb. obligat. l. ne cum filiofamilias* 16. *D. de furt. d. l. imperator* 50. *D. ad SC. Trebell.*

d. l. pater milite 15. §. 1.

L. eum qui ita 56. § qui sibi De ver. oblig. l. ne cũ filiofamilias 16. D. de fur.

ILLATIO XX.

De seruo castrensis peculij stipulante aut per traditionem accipiente ab extraneo.

d.l.pater 15. §.seruus De castr.pecul.

VIcesimò ex hoc eodem Principio pendet ratio dubitandi in quæstione ab eodem Papin.tractata in *d.l.pater §.seruus*,vbi.scribit,si seruus peculij quod ad filium spectat ab extero stipuletur,aut per traditionem accipiat, sine distinctione causarum rem ad filium pertinere.Non enim,inquit,vt filius duplex ius sustinet patrisfamilias & filijfamilias in peculio isto castrensi,Patrisfamilias,quia ex constitutionibus pro patrefamilias habetur,filijfamilias quia verè filiusfamilias est.Ita dici potest seruum aliquid patri acquirere simpliciter stipulando vel accipiendo posse quasi duorum seruus sit patris scilicet ac filij eo saltem respectu quo filiusfamilias castrense peculium habens filiusfamilias & est & habetur:Nempe quia seruus hic qui peculij castrensis est, nullo iure patri subiectus est quandiu filius viuit,sicut nec vllo vnquam vel casu vel tempore filiusfamilias in peculio castrensi pro filiofamilias habetur,sed pro patrefamilias semper.Quod enim duplex ius ac veluti duplicem quodammodo personam sustinere ille dicitur,non ad eandem rem referendum est, sed pro rerũ & peculiorum diuersitate accipiendum,vt in peculio castrensi semper & in omnibus pro patrefamilias habeatur,extra causam verò peculij castrensis,numquam.Inde verò illud quoque Papinianus infert,si ab ipso patre seruus qui ad filium pertinet stipuletur ex quacumque causa,id est,non solùm ex causa peculij castrensis, sed ex alia etiam qualibet,vel à patre traditum quid accipiat, sic acquiratur filio res& stipulatio,quemadmodum si alius extraneus quilibet promisisset:quoniam,inquit,persona stipulantis & accipientis ea est vt sine differentia causarum quod rerum agitur,emolumentum solius filij spectet, saluo tamẽ iure patris in his etiam quæ à patre ipso filius hic per seruum castrensem acquisiit,si præmortuo postea filio intestato peculium ipsum castrense penes patrem iure pristino resederit.Cùm enim filius hic non eo minùs mortis tempore filiusfamilias reperiatur,cuinam alij obsecro,quàm patri deferrentur?

Si seruus peculij castrẽsis filij stipuletur ab ipso patre.

ILLATIO XXI.

De patre amittente vsumfructum quem habebat in seruo castrensis peculij.

d.l.pater milite 15.§.vl.

VIcesimoprimò ex hoc eodem Principio petenda etiam est ratio dubitandi ad id quod idem Papin.respondit in *d.l.pater milite 15.§.vlt.*Si pater amiserit vsumfructum serui,cuius proprietatem in castrensi peculio filius habebat,plenam proprietatem ex eo tempore filium habere.Vt enim cõtra respondendum videretur illud faciebat, quod hoc casu non nisi nuda proprietas in peculio castrensi erat, vt proinde consolidatus postea vsusfructus non tam ex peculij castrensis causa,quàm aduentitio & extrinseco quodam iure filio acquisitus videri deberet, & consequenter per filium patri, quippe cui extra peculij castrensis causam per filiumfamilias acquiratur ex omnibus causis.Sed Papinianus ad id respexit & rectè,quod vsusfructus à patre fructuario amissus & ita in consequentiam necessariam proprietati consolidatus,non facit vt proprietas quæ ad filium pertinet post consolidationem alia sit quàm

quæ

quæ eiusdem filij erat ante consolidationem. Etsi enim aliud est dicere nudã, aliud plenam proprietatem, eadem tamen res est cuius proprietas & nuda, dicitur cùm ab ea vsusfructus separatus est, & plena non cùm vsusfructus coniunctus est, vt vulgo loquuntur interpretes (vsusfructus enim nullus est, qui cum proprietate coniunctus esse possit, quandoquidem neque constituitur, neque subsistit nisi per separationẽ cùm in iure non in parte consistat *l. Manius 66.§. fundo de legat. 2. l. si à reo 70. §. si reo* D. *de fideius.*) sed cùm nullus vsusfructus est, Ob idque cùm fundum simpliciter dicimus proprietatem plenam intelligimus, tum quoque cùm vni fundus, alij vsusfructus legatus fuit, vt in *l. si alij 19.* D. *de vsufr. legat.* Itaque cùm pater amittit vsumfructum fundi cuius nudam proprietatẽ habebat filius in castrensi peculio, nihil filius adquirit, propter quod possit fieri locus quæstioni an acquirat sibi an patri, sed idẽ ius quod antea habebat retinet, hac sola differẽtia quod nullo patris iure imminutum illud est, quomodo erat quandiu pater habebat vsumfructum. Denique consolidatio ista, vt & quælibet alia vsusfructus quoquomodo amissi, nihil nisi nuda amissio est ex parte vsufructuarij, non etiam acquisitio ex parte proprietarij, quamuis incipiat ille plenam habere proprietatem, quam antea non habebat nisi nudam. Nemo autem non videt quàm sint ista differentia si quis dicat Patrem vsumfructum amittere, aut Filium sibi acquirere. Et sanè ita quoque posito iure, vt plena proprietas esset quid distinctum reipsa potiùs quàm ratione à nuda proprietate quod falsum est, non tamen dici posset filiũfamilias in ea proprietate nuda iure patrisfamilias censeri si patre vsumfructũ amittente non posset ille plenam habere proprietatem, quasi impediente iure patrię potestatis, cùm in alio quolibet patrefamilias nudã dũtaxat proprietatẽ, habẽte, ius commune ita comparatum sit, vt amissione & consolidatione vsusfructus plena fiat proprietas quæ erat nuda. Adde quòd si ius patrię potestatis obstaret huic filio castrense peculium habenti, quominus posset ille plenã habere proprietatem patre vsumfructum amittente, necesse esset vsumfructum quem pater amisisset ad eundem redire per filij personam, quasi ex nouo iure acquisitum patri per filium. Alioquin rogo, ad quem pertineret si non ad patrem? aut quo iure ad patrẽ qui iam illum amiserit, nisi iure potestatis? Atqui non potest fieri, vt in proposita specie per filium patri acquiratur, quia cum eo ipso instanti quo amittitur consolidetur, quandoquidem consolidatio ipsa nihil aliud, quàm vsusfructus amissio est, nec sunt ista sic distincta, vt distinctis instantibus fieri debeant, vel etiam possint, eueniret vt eodem instanti vsusfructus hic & amitteretur, & acquireretur, quoniã ita ius est, vt quoties patri per filium acquiritur, ne vno quidem momento temporis acquisitio in persona filij consistat *l. placet 79.* D. *de acquir. hered. l. 1.* D. *si à parent. quis manum. sit.* Atqui contradictionem implicat, vt vsusfructus amissio & noua acquisitio eodem instanti fiat, siquidem acquisitio præsupponit amissionem præcedentem, sicut & è contrario amissio acquisitionem *l. Titio vsusfructus 96. De condic. & demonstr. l. non potest videri 208. De regul. iur.* Nihil ergo aliud superest quod dici possit, nisi quod vult Papinianus plenam proprietatem ad filium pertinere.

Vsusfructus cum proprietate coniunctus nullus est.

Ratio noua pro Papiniano.

L. placet 79. D. de acq. hered. l. 1. D. si à parent. quis manu. sit.

ILLATIO XXII.

De patre qui castrense peculium intestati filij retinuit oneratum ære alieno.

VIcesimosecundò ex eodem Principio fit vt pater qui castrense peculium intestati filij retinuit, æs alienum intra modum eius & intra annum vtilem iure prætorio soluere cogatur, cùm tamen idem pater si testamento filij heres scriptus esset, & heres existeret perpetuò ciuiliter, vt heres conueniretur, vt idem Papin. inquit in *l. pater qui castrense 17. eod. tit. De castrens. pecul.* Prior pars Definitionis rationem illam habet, quòd cùm filius hic remaneat filiusfamilias, nec proinde possit in peculio castrensi heredem habere nisi eo casu quo velit vti beneficio sibi ex constitutionibus indulto, vt de eo testari possit, non alio iure peculium hoc ad patrem pertinet mortuo filio intestato, quàm quo aliud quodlibet peculium, id est etiam profectitium ad eundem patrem pertineret. Ac proinde nec alio iure potest pater hic à filij defuncti creditoribus de peculio conueniri, quàm quo conueniretur à creditoribus alterius peculij, id est quod profectitium non castrense fuisset. Ergo iure prętorio duntaxat, & consequenter non nisi intra annum ex edicto prætoris, de quo in *l. 1. D. quand. de pecul. act. est annal.* vbi Vlp. scribit quandiu quidem seruus, vel filius in potestate est de peculio actionē perpetuam esse: post mortem verò eius, vel postquam emancipatus, manumissus, alienatúsve est, temporariam esse incipere, id est annalem. Et meritò, vt idem Vlp. subiungit in *§. merito d. l. 1.* quia cùm morte, vel emancipatione peculium extinguatur, sufficere debuit vsque ad annum produci à prætore obligationem, quæ alioquin ipso iure nulla post extinctum peculium deberet superesse. Posterior verò pars supradictæ sententiæ rationem illam habet non obscuram, quòd facto per filiūfamilias testamento de peculio castrensi, & patre instituto, si pater institutionē agnouerit, & filio heres extiterit, non alio iure censetur, quàm quo alius quilibet heres censeretur *d. l. 2. d. l. proponebatur 9. & pass. eod.* Porrò actiones omnes quæ iure ciuili dantur contra heredem cùm sint ciuiles sunt perpetuæ, in eóque differunt à prætoriis quarum aliæ quidem sunt perpetuæ, sed aliæ etiam & pleræque annales *dicta lege 1. §. quand. de pecul. act. est annal. l. in honorariis 35. D. de oblig. & act.*

L. pater qui castrense 17. D de castr. pec.

L. 1. D. quā. act. de pec. est annal. §. meritò d. l. 1.

l. in honorariis 35. D de oblig. & act.

ILLATIO XXIII.

De patre qui omissa causa testamenti retinet peculium filij castrense.

VIcesimotertiò ex eodem Principio fit quod idem Papinianus tractat in *d. l. pater qui castrense §. 1. eod. tit. De castrens. pecul.* Si pater à filio milite, vel qui militauit heres institutus, testamenti causam omiserit, & nihilominùs castrense peculium possideat, cogendum eum legitimi heredis exemplo ad finem vsque peculij, hoc est non suprà quàm in peculio sit legata perpetuò prętare. Cur enim exemplo legitimi heredis? Nempe quia legitimus filij heres non est, cùm filius hic quamuis castrense peculium habens non eo minùs decesserit filiusfamilias, ac proinde talis qui heredem habere non potuerit, nisi eo demū casu quo ei permissum sit ex constitutionibus, id est facto testa-

d. l. pater qui castrēse §. 1.

testamento, aditáque ex eo hereditate. Cùm alioqui nihil possit interesse an nullum testamentum factum sit, an verò quod factum est, fuerit postea repudiante herede destitutum. Cęterùm tametsi pater hic non possit legitimus heres esse filij sui, qui fecit exitum intestati, tamen ad exemplum legitimi heredis conueniri à legatariis potest, non quidem ipso iure, id est ciuili actione ex legato, quæ nec aduersus legitimũ heredem verum competere posset, sed iureprætorio ex edicto *si quis omiss. caus. testa. hered. ab intest. possid.* quasi parum referat, quod ad illius edicti æquitatem inducendam pertinet, an pater qui filij testamentarius heres esse potuit, facto filio intestato propter omissam causam testamenti bona filij possideat iure peculij, an iure hereditatis. At cur ergo pater non nisi ad finem peculij tenetur legatariis? id est quatenus sit in peculio. Ratio non est obscura, quia nec legitimus heres supra vires hereditarias legatariis teneretur. Inauditum enim est, vt legatorum nomine cogatur heres, siue testamentarius, siue legitimus præstare plus quàm ex hereditate fuerit consecutus *l.1.§.si is qui D.ad SC.Treb.l.sed cùm ea* 15.D.*de iur. codicill.l.filiusfamilias* 114.*§.apud Marcellum* De legat.1. Legata enim & fideicommissa omnia ex hereditate delibanda sunt non ex proprio heredis patrimonio *l.legatum est delibatio* 116.*de legat*.1.iunct.*l.nomen* 34.*§. vni ex heredibus* De legat.3. Itaque non eam illorum verborum *ad finem peculij* sententiam esse existimandum est, vt non in plus teneatur legatariis pater quàm sit in peculio castrensi, sed vt in eo deterioris sit condicionis quàm alius quilibet legitimus heres quod tãtum præstare legatariis cogitur, quantum in peculio est, dummodò nõ minus fuerit legatum, hoc est, vt nullam ex legatis falcidiam detrahere possit, cuius tamen detrahendæ beneficium ex edicto prætoris ei quoque saluũ est qui omissa causa testamẽti quãuis in fraudem legatariorũ ab intestato possidet hereditatẽ *l.quia autem 6.vers.habere l.si duo* 18.*§.* 1.*ill.tit.si quis omiss. caus.testam l.vlt.*C.*eod.l.1.§.ad eos l. Nesennius* 22.*§.sed etsi dominus* D.*ad leg. falcid.* Cur verò deterioris condicionis est pater occupans suo iure peculium filij, quàm si legitimus ipsius heres esset? Vtique non propter fraudem quam legatariis facere voluit (eadẽ enim ratio cæteris omnibus obiici posset) at propter priuilegium militis, quod tale est, vt quamuis non plus nomine legatorũ præstare debeat, quisquis heres militis testamẽtarius est quàm quantum est in hereditate deducto ære alieno, nullam tamen quartam, siue legatariis, siue fideicommissariis detrahere possit *l.1.§. denique D.ad SC.Trebell.l.si miles* 92. *D.ad leg.falcid.* Cùm enim aduersus eum qui, vt fraudem legatariis faceret, omisit causam testamenti, prætor det actionem pro legatis eo iuris & æquitatis colore, quod in pœnam fraudatoris habenda sit hereditas veluti adita quæ non nisi fraudis consilio repudiata fuit, æquissimum est eodem prorsus modo præstari legata quo præstanda essent ex testamento. Ergo detracta falcidia si testamentum pagani fuit, Et è contrariò nulla detracta falcidia si militis testamentum proponatur, aut veterani, siue iure militari factum sit, siue etiam iure communi, dũmodo ab eo qui ex constitutionibus priuilegium habuerit quod militibus dũtaxat, aut veteranis datũ fuit. Sic enim accipiendũ est quod scribit Iurisc. in postremis illis verbis *d.l.si miles quo testator iure militari testari nõ potuit*, vt scilicet cùm quæritur an in testamẽto eius qui miles fuit lex falcidia locũ habere possit, nõ illud inspici oporteat an testat⁹ fuerit iure militari, sed an

Nemo legatorũ nomine tenetur supra vires hereditarias.

Deterioris condicionis est pater in peculio castrẽsi quàm heres legitimus.

L.1.§. denique ad SC. *Treb.l.si miles 92.D.ad leg.falcid.*

testari potuerit, quomodo potest quisquis vel miles adhuc est, vel intra annum missionis. Idque probat non obscurè quod sequitur apud Papinianum in hoc ipso §. quem explicamus, cùm subiungit, Si filius post annum quàm militare desierat iure communi testamento facto vita decesserit, ratione Falcidiæ quartam retineri. Ita innuens non aliter falcidiam deduci posse, quàm si filius aliúsve qui miles fuit & iure communi testatus sit & post annum missionis, ac proinde si vel in militia, vel intra missionis annum testatus fuerit, quamuis iure communi falcidiam locum nō habere, vt scripsimus illat. 13. *sup. eo.* vbi etiam monuimus, quod non valde dissimile est, testamētū militis aliud habere priuilegiū, vt per inofficiosi testamēti querelā subuerti nō possit, nō solùm si iure militari factū sit, sed etsi iure cōmuni dūmodò vel à milite, vel à veterano ex *l. de inofficioso 9. C. de inoff. test.* Cur verò addit Papinianus, legatariis perpetuò teneri patrē qui in fraudē legatariorū filij omissa causa testamēti peculium possidet, id est non annalem, sed perpetuam actionem legatorum nomine in eum dari? Quid attinebat de illo tractare an perpetua, an verò annalis esset actio, cùm iam dixisset Papinianus teneri eum exemplo legitimi heredis, quem certum est ea teneri actione quæ licèt prętoria sit, perpetua tamen est non annalis cùm habeat rei persecutionem ex distinctione Pauli in *l. in honorariis 35. De oblig. & action.* Nimirum, quia non potest dici patrem hunc teneri tanquam legitimum heredem filij, cùm verè legitimus heres, nec sit, nec esse possit, sed potius tanquam patrem, quippe qui bona filij castrensia non iure hereditatis possideat, sed iure peculij: Quamquam nec iure peculij quod nunc sit, sed quod aliquando tale fuerit, quia morte filiifam. extingui peculij ius nomenque certum est, vt proxima illatione dicebamus, Qua de causa placuit non nisi annalem esse debere actionem illam quæ post mortem filij detur in patrem de peculio iam extincto *d. l. 1. §. 1. & §. merito D. quand. de pecul. act. est annal.* Sed tamen ait Papinianus actionem hanc quæ legatorum nomine in patrem datur perpetuam esse debere, quia scilicet non de peculio actio est, sed ex edicto illo prætoris *si quis omiss. caus. testam.* nec datur contra patrem tanquam patrem, sed exemplo legitimi heredis, id est vt explicauimus perinde ac daretur contra legitimum quemlibet heredem si filius hic talis esset qui vel patrem, vel alium legitimum heredem habere posset. Cur enim faueamus patri ob id solùm quod filij heres legitimus non sit, cùm per eum steterit non equidem ne legitimus heres sit (nam ex iuris ratione illud fit non ex patris voluntate) sed ne plus quàm legitimus fuerit heres, qui potuit esse testamentarius, si iure suo vti potius quàm legatariis fraudem & iniuriam comminisci voluisset. Cæterùm, inquit Papinianus si testamenti causam pater omiserit, cùm peculium creditoribus soluendo non esset, nihil dolo videbitur fecisse, quamuis temporis incurrat compendium, id est non tenebitur legatariis ex illo edicto, *si quis omiss. caus. testam.* quia non tam videtur dolo fecisse, & fraudis consilium iniisse, quàm fraudem exclusisse, vt alio loco idem Papinian. loquitur in *l. cùm pater 77. §. Titio antepenult. de legat. 2.* neque enim interdictum est, vt quis omittat causam testamenti & hereditatem testamentariam, dummodo sine fraude id fiat *l. quia autem 6. §. si patronus D. si quis omiss. caus. testam.* In proposito autem prudenter facit pater qui testamēti causam omittit, ne creditoribus filij sui supra peculij quantitatem teneatur, quibus vtique tanquā alius quilibet heres teneretur si ex filij

L. de inofficioso 9. C. de inoff. testa.

L. 1. §. 1. & §. merito D. quand. act. de pecul. est annal.

d. l. pater qui castrense 17. §. 1.

L. cùm pater 77. §. antep. de legat. 2.

L. quia autē 6. §. si patronus D. si quis omiss. caus. testam.

filij testamento heres esset. Nec ei nocere debet, quod repudiata causa testaméti futurũ est, vt lucrum ille sentiat & commodum temporis, in eo scilicet vt nec actione de peculio à creditoribus filij possit conueniri, post annum, quibus perpetua ciuili actione fuisset obligatus si testamentariam filij hereditatem agnouisset. Quamuis enim ex eo commodo temporis euenturum sit, vt totum peculium impune ac sine onere retineat pater si à creditoribus intra annum conuentus non fuerit, id tamen lucri & commodi non tam ex captata fraude ad eum peruenire intelligitur, quàm per occasionẽ, & in consequentiam hereditatis licitè prudentérque repudiatæ, Parum autem solent curari ea quæ non fiunt, nisi per occasionem & consequentias *l.2.in fin.* D.*de riuis.l.1.*D.*de autor.& consens tutor.* Præsertim cùm non tam repudiationi hereditatis accepto ferendum sit hoc commodum, quàm negligentiæ & stultitiæ creditorum qui intra annum non egerunt, qua ex aliorũ negligentia & stultitia duriorem fieri patris condicionem stultum & iniquum esset *l.3.& l.alienus 61.ad fin. D. ad leg.falcid.l.mulier 22.§.si heres* D.*ad* SC.*Trebell.* Illud enim duntaxat inspiciendum est quid egerit pater cùm filij hereditatem testamentariam omisit. Atqui nihil aliud egit, nisi vt sibi consuleret ne supra peculij vires creditoribus teneretur, non etiam vt legatariis fraudem faceret, multò minùs vt creditoribus ipsis, quibus nec si voluisset, fraudem tamen facere potuisset. In eo namque dispar & melior condicio est creditorum quàm legatariorum, quod quãuis destituatur testamentum herede scripto recusante non ideo tamen suam actionem amittunt, nec proinde indigent, quomodo legatarij, auxilio prætoris. Quamquam in proposito casu patre filij hereditatem omittente hactenus fit deterior creditorum quòd qui agnita per patrem hereditate filij, creditores hereditarij futuri erant, & consequenter ciuilem perpetuámque actionem cõtra patrem tanquam heredem habituri, remanẽt peculiares, atque ita tales qui mortuo filio nullã nisi de peculio & prętoriam actionem in patrẽ habere possint, eámque intra annum omnimodo exercendam. Sed si propius inspicias nõ tam deterior dicenda est fieri condicio creditorum facto patris, quàm nõ melior, cùm tales remaneant creditores post mortem filij quales fuerant eo viuo id est peculiares, nec probè possit obiici patri cur periculo & damno suo non illud etiam commodum iis parauerit agnoscendo filij hereditatem, vt ex peculiaribus faceret hereditarios suósque proprios creditores. Nemo enim alienã cõdicionem facere meliorem vnquam compellitur, multò minùs si damnum ipse aliquod ex eo sit passurus, sicut è contrario deterior creditorum condicio facto debitoris reddi numquam potest, Extra casum *l.1.§.ex contrario D.de separat.* Damnum autem quod in proposita specie passurus fuit pater si damnosam filij hereditatem testamentariam temerè adiisset, in eo est euidens, quod creditoribus filij peculiaribus etiam supra peculij quãtitatẽ se obstrinxisset, & quanto minus fuisset in peculio de suo soluere debuisset *l.quæ dotis 33.D.solut. matr.* Alioqui si eadẽ hac in re ratio esset creditorum & legatariorũ, vt nõ magis illis quàm istis plus quàm in defuncti patrimonio fuisset soluere heres cogeretur, faceret proculdubio in fraudem legatariorum pater, qui testamentariã filij hereditatem omitteret, nec dolum exclusisse videri potest, ob idque dicendum esset non eo minùs illum teneri debere legatariis, quòd peculium creditoribus soluendo non esset. Concludendum igitur est cum Papiniano patrem hunc, de quo agimus, neque cerditoribus supra quantitatem pecu-

Differentia creditorũ & legatariorũ in edicto si quis omiss. caus.test.

l.1.§.ex contrario D.de separat.

lij intra annum , neque post annum vllomodo, legatariis verò absolutè non teneri.

ILLATIO XXIIII.

De seruo peculij castrensis instituto herede.

l. de hereditate 19. §. 1. D. de castr. pec. L. miles 5. eod.

VIcesimoquartò ex eodem Principio fit, vt si seruus peculij castrensis à quocumque scriptus heres sit, iussu militis adire debeat hereditatem, quæ postea fiet bonorum castrensis peculij *l. de hereditate 19. §. 1. eod. tit. De castrens. pecul.* Nam & si miles ipse idémque filiusfamilias à commilitone, vel ab eo quem per militiā cognouisset heres institutus esset, posset ille citra iussum patris suo arbitrio rectè pro herede gerere, vt supra diximus illat. 9. ex *l. miles 5. eod.* Cur non ergo & seruo castrensi heredi instituto iubere, vt adeat non expectato iussu patris? Nempe quia vt sæpius inculcauimus, filiusfamilias miles in huiusmodi peculio pro patrefamilias est. Sed tamen ratio dubitandi propter quam patris iussus expectandus videbatur, tota ex eo proficiscitur, quod hic miles reuera filiusfamilias sit, licèt peculium castrense habeat, quódque vno casu possit pater huic ipsi cui filius per seruum heres erit, etiam heres esse per mediam filij personam, si fortè peculium apud patrem remanserit defuncto filio sine testamento *l. 1. eod.*

ILLATIO XXV.

De filiofamilias milite alienare volente sine patre.

l. 1. C. de castr. pec. milit. præf.

VIcesimoquintò ex eodem Principio fit vt filiusfamilias miles nullius rei alienationem habeat sine voluntate patris, nisi quantum ad castrense peculium pertinet *l. 1. C. de castrens. pecul. milit. præf. lib. 12. ti. 37.* nimirum quia extra causam peculij castrensis non solùm filiusfamilias est, quantumuis miles sit, sed etiam pro filiofamilias habetur. Vnus tamen casus notandus est, qui mirabilis videtur, in quo testamentum filijfamilias non dicam militis, sed pagani, qui tamen miles aliquando fuerit, & castrense peculium habeat, bona quoque patris omnia comprehendat, adeóque quod magis est filio ipso nō solùm ignorante, verùm etiam inuito. Eum casum tractat Thryphoninus in *d. l. de hereditate 19. §. filiusfamilias paganus D. eod. tit.* Si filius paganus, inquit, de castrensi peculio fecerit testamentum & dum ignorat patri se suum heredē extitisse, decesserit. Non enim potest videri pro castrensibus bonis testatus, pro paternis intestatus decessisse: quamuis in eo qui etiam nunc miles est, id rescriptum sit, quia miles ab initio pro parte testatus & pro parte intestatus potuerat mori, quod ius non habuit iste, qui fuit paganus tempore testamenti, non magis quàm sine obseruatione legum facere testamentum, siquidem ius illud & priuilegium pro arbitrio testandi non aliis datū est, quàm militibus in ipsa militia, vel intra missionis annum testantibus. Consequens igitur necessariò est, vt castrensis peculij heres scriptus vniuersa bona habeat, perinde, inquit Thrypon. acsi pauperrimus aliquis facto testamento decessisset ignorans se locupletatū per seruos alio loco agentes. Nō enim bona per seruos acquisita ob id minùs heredem sequerentur, quod defunctus ea sibi mortis tempore acquisita esse ignorasset. Ex quo apparet maiorem hac parte vtilitatē esse testamen-

d. l. de hereditate § filiusfamilias paganus D. eod. tit.

ti à

ti à pagano, quàm à milite facti. Non quia priuilegium maius, aut aliquod paganus habeat, sed vel ob hoc ipsum, quia nullum habeat, id est quoniam nullo iure permissum ei est, vt decedat pro parte testatus, & pro parte intestatus. Nã si in filiofamilias milite, vel intra missionis annum testato idem casus contingeret, ad heredem eius non pertinerent patris bona, sed sola castrensia *l. ex militari 11. §. vlt. D. de testam. milit.* quia vt in *l. seq.* Papinianus ait, milites ea duntaxat, quæ habẽt, eo scilicet tempore quo testantur, scriptis heredibus relinquũt, non etiam vt pagani, illa quoque quæ post testamentum obuentura mortis tempore sunt habituri. Adeò vt nec aliud sit, si de testamento mutando miles cogitauerit : Non quidem ob id quod adimere vellet castrensia bona heredi scripto, alioquin hoc ipso testamentum nuda voluntate reuocatum intelligeretur, sicut & nuda voluntate constitui potuit *l. eius militis 34. §. 1. & vlt. eo.* sed quia de paternis quoque testari volebat, & alium heredem scribere, vt subiicitur ex Vlpiano in *l. idem est 13. in princip. eod. tit.* Cur verò tam Thryphoninus in *d. l. de hereditate 19. §. filiusfamilias,* quàm Vlp. in *d. l. ex militari 11. §. vlt.* iuncta *d. l. idem est 13. §. 1.* loquitur de filiofamilias, qui decesserit priusquàm resciret patrem suum decessisse? An quia dicendum aliud esset si resciuisset? Minimè. Sed quoniam in eo qui ante mortem suam sciuisset patri suo heredem se extitisse, minorem dubitationem res haberet, minúsque mirum esset ad ipsius heredem, quamuis in castrensibus duntaxat bonis institutum paterna quoque bona pertinere quasi ex tacita voluntate testatoris, qui cùm sciret alia sibi bona obuenisse quàm de quibus testatus fuisset, nec tamen fieri posse, vt decederet pro parte testatus, pro parte intestatus, attamen cum eodem testamento quod mutare fortassis potuerat, decedere maluisset. At cùm testator mortis suæ tempore ignorauit heredem se patri extitisse, is qui ab eo in castrensibus bonis institutus reperitur, licèt non succedat in paganicis contra ipsius voluntatem, non tamen perinde dici potest ex ipsius voluntate succedere ac si à patrefamilias fuisset institutus, quia paterfamilias quilibet cùm facit testamẽtum iure communi de bonis suis omnibus quæ habet, habiturúsve vnquam est, testari intelligitur, quippe qui intelligat nec posse se decedere pro parte intestatum, nec quicquam prohibere quominùs alia sibi ante mortem obueniant, vel acquirantur bona. At hic filiusfamilias noster paganus, quamuis non potuerit militis priuilegium sperare, sciuit tamen non de aliis bonis eo tempore se testari posse quàm de castrensibus, nec proinde testari de aliis voluit. Sed parum defectus ille voluntatis attenditur, cùm potentior sit ratio iuris quæ non patitur, vt cui bona castrensia non possunt adimi paterna denegentur.

L. ex militari 11. §. vlt. D. de testa. milit.

L. idem est 13. in princ. eod. tit.

PRINCIPIVM VII.

De fictione postliminij.

IVs postliminij moribus populi romani ex naturali æquitate introductum facit vt quãuis romanus ciuis qui ab hostibus captus est, reuera interim seruus sit hostium, ius tamen liberorum quos ille habebat in potestate sit in suspenso, quia hi qui ab hostibus capti sunt, si reuersi sint in ciuitatem, omnia pristina iura sua recipiunt, & consequenter patriam potestatem quæ per captiui-

§. si ab hostibus hoc tit. L. in bello 12. §.1. de capt. & postlim.

tatem extincta videbatur. Ita Iustinianus in *§. si ab hostibus hoc titu.* post Thryphon. in *l. in bello 12. §.1. D. de captiu. & postli.* vbi ait ille, si quis ab hostibus capiatur, in incerto esse an hi quos in potestate habuit sui iuris facti sint, an adhuc pro filiisfamiliarum computentur, Nam defuncto quandocumque patre apud hostes, patresfamiliarum illos fuisse intelligi ex quo pater captus fuit, Eo autem reuerso, numquam nō id est semper in eius potestate fuisse, quod & Iulian. scribit in *l. bona 22. §. quòd si filius eo.* In quo notandum est separari statum patris à iure liberorum. Statum enim patris certum esse, cùm sit ille interim reuera seruus hostium à quibus captus fuit, Liberorum verò ius pendêre, cùm nesciatur an sui iuris sint an alieni. Quod tamen, vt mirum videri possit, illud facit, quod liberorum status non nisi ex statu patris æstimandus esse videatur, sed separandus est status cuiusque à iure. Statum cùm dicimus cōdicionem cuiusque significamus per quam sit ille, vel liber, vel seruus, vel ingenuus, vel libertinus. Negari autem non potest quin verè seruus sit hostium quisquis ab hostibus captus est, *l.1. §.1. D. de suis & legit.* de quo scripsimus ad Princ. I. *De iur. person. illat.* 2. Nec rursum quin verè liber sit captiui filius, qui remansit in ciuitate. Neutrius ergo status est in pendenti. At iura omnia non tantùm filij, sed etiam patris in pendenti sunt propter fictionem postliminij, quam idcirco eleganter Papinianus noster suspensi iuris constitutionem vocat in *l. penult. D. de suis & legit.* quod per eam fiat, vt captiui iura omnia suspēdantur veriùs quàm abrumpantur, quomodo Caius loquitur in *l. illa institutio 32. §.1. D. de hered. instit.* Cur verò ipse quoque captiui status in pendenti non sit, ratio ex eo petenda est, quod status personæ nihil aliud quàm persona ipsa est, aut saltem tale quid quod personæ ita cohæreat, vt non alibi esse possit quàm vbi persona ipsa est, ac proinde apud hostes non in ciuitate quoties de captiui statu tractamus. At iura quę captiuus habuit in ciuitate priusquàm ab hostibus caperetur, ciuitati magis quàm personæ cohærent. Siquidē agimus de iuribus ciuitatis, id est ciui romano cōpetētibus non tanquā homini, sed tanquam ciui: Ob idque nihil vetat ciuilem legislatorem de iis pro arbitrio disponere, omniáque in pēdenti retinere, quamuis persona sit apud hostes, vt in proposita specie factū est, inducta postliminij fictione. Ac proinde cùm inter cętera iura illud etiam sit de quo nunc agimus, id est patriæ potestatis, consequens est vt illud quoque ad postliminij pertineat fictionem, id est maneat in suspenso quandiu incertum est an captiuus aliquādo ab hostibus rediturus sit, necne. Denique statum cùm dicimus, rem præsentem, & quæ reuera sit significamus, in quā proinde fictio nulla cadere potest, quæ non veritati cedere cogatur, præsertim cùm fictio ista sit tota iuris ciuilis cuius potestate certum est ius naturale, aut gentium corrumpi & extingui non posse, nec proinde fieri, quin reuera seruus sit qui captus est ab hostibus, quandoquidem ex iure gētium inductæ sunt captiuitates & seruitutes *l.4. D. de instit. & iur.* quas postliminij fictio tantū abest vt destruat, vt è contrario eas confirmet ac supponat in necessarium antecedens, Adeò vt non alio casu postliminium habere locum possit, quàm quo vera captiuitas veráque seruitus intercesserit *l. postliminium 19. §. à piratis l. si quis 21. §. vlt. D. de capt. & postlim.* At cùm de ciuitatis iuribus tractamus eas res intelligimus quæ non nisi iuris intellectu & potestate subsistant, & consequenter in quas iuris ciuilis fictio cadere commodè potest, Dices, Cur non ergo fictio iuris facit, vt ciuis romanus, quamuis ab hostibus captus, ita tamen ciuis romanus

L. bona 22. §. quod si filius eod.

l.1. §.1. D. de suis & legi.

L. pen. eod.

L. illa institutio 32. §1. D. de hered. instit.

L. postliminium 19. §. à piratis l. si quis 21. §. vlt. D. de capt. & postlim.

romanus adhuc manere intelligatur? Respondeo, quia id fieri non posset quin hoc ipso tolleretur ius gentium quo introductę sunt captiuitates & seruitutes, quod tamen per ius ciuile tolli non posse iam diximus. Nisi fortè illud quoque inducere ciuilis legislator vellet vt idem & ciuis & seruus hostium esse intelligeretur, quod tamen multò absurdius esset, nec tantùm à reipublicæ dignitate ac maiestate alienum, sed etiã ab ipsius vtilitate, cùm ita posito iure fieri necesse esset ex eodem iure gentium vt iura omnia quæ captiuus in ciuitate habuisset ante captiuitatem, per eum acquirerentur hosti à quo captus esset. Rursum respondeo, sicut in ciuilis legislatoris potestate non est facere vt qui ab hostibus captus est, ab iis vnquam reuertatur, ita nec potuisse illum facere vt omnimodo & absolutè ciuis ille perpetuò remansisse intelligeretur, ne quidem per retrofictionem sed sub ea tantùm veluti condicione, aut vt melius dicam, eo tantùm casu quo ab hostibus reuerteretur, Non quòd eo apud hostes defuncto voluerit legislator pati vt ciuis suus hostium seruus decesserit, sed quia potuit in eum casum ciui suo meliùs prospicere, id est adhibito alio remedio per quod neque ius gentium violaretur, neque ciuitatis dignitas læderetur, Inducta nimirum per legem Corneliam alia fictione quæ faceret vt ciuis hic quandocumque apud hostes defunctus iam inde ex ipso captiuitatis instanti ac proinde ciuis romanus decessisse retrofingeretur. Atqui pugnaret secum ius ciuile, id est fictio cum fictione si eo tempore quo captiuus viuit apud hostes, adhuc ciuis esse censeretur. Quomodo enim posset ciuis videri, qui iam multò ante tempore mortuus retrofingatur? Cùm igitur expectandum sit quod in dubio euentu positum est an moriturus sit apud hostes captiuus, an in ciuitatem rediturus, & in vtrumuis casum alia atque alia fictio inducta sit, apparet medio tempore nihil aliud fieri aut dici posse, nisi vt qui captiuus est, quemadmodum reuera seruus est hostium, ita & pro seruo habeatur, non pro ciue: nec eo minùs tamen in suspenso sit ius patriæ potestatis, quia est ex iuribus ciuitatis, quæ in suspenso manent omnia, tanquam quæ iuris fictionem commodissimè admittant, cúmque statum quem lex ciuilis pro arbitrio velit præscribere. Vnde autem postliminium dictum sit explicat hîc Iustinian. aitque dictum esse à limine & *post*. Nam limina sicut in domo finem quendam faciunt, sic & imperij finem limen esse, veteres inquit voluerunt, Cúmque hinc & limen dictum sit quasi finis quidam & terminus ab eo postliminium dictum est quia reuertatur quis ad illud ipsum limen quod amiserat. Quamuis non desint qui putēt in hoc nomine *postliminium* posteriores quatuor syllabas nihil aliud esse nisi verbi productionem ex Seruij sententia relata in Topicis à Cicerone & à Cuiacio *lib. 3. obser. cap.* 4.

ILLATIO I.

De prӕterito nepote ex filio capto ab hostibus, & apud eos defuncto.

EX hoc Principio illa primùm differentia nascitur quam perelegantem inter nepotem ex filio exheredato & nepotem ex filio captiuo constituit Paulus in *l. si quis posthumos 9. §. si filium De liber. & posth.* vbi scribit, Si filiũ exheredauero nepotémque ex eo prӕteriero & alium heredem instituero & superuixerit filius post mortem meam licèt ante aditam hereditatem decesserit, dummodò postea fuerit illa adita, non tamen rumpi à nepote testamentum:

Sed diuersum esse si in hostium potestate filius sit & decesserit in eodem statu. Nepotem enim hoc casu rumpere testamentum, propterea quòd moriente auo, illius id est nepotis ius pependerit, non abscissum vt superiore casu fuerit. Sic enim locum illum & legendum & intelligendum esse docuimus pluribus *lib.*10.*Coniect. cap.* 12. vnde & alia pleraque peti possunt ad nostrum hoc Principium pertinentia.

ILLATIO II.

De differentia quæ est inter captiuum & deportatum.

L. si necem 4. §. si deportatus D. de bon. libert.

SEcundò ex eodem Principio fit alia differentia quam inter deportatum & captiuum constituit idem Paulus in *l. si necem* 4. §. *si deportatus De bon. liber.* vbi ait si deportatus patronus sit, filio eius competere bonorum possessionē in bonis liberti, nec impedimento ei esse talem patronum qui mortui loco habetur: Sed dissimile esse si patronus apud hostes sit. Tunc enim propter spem postliminij obstare illum liberis suis.

ILLATIO III.

De filio in ciuitate defuncto cùm pater esset apud hostes.

L. pen. D. de suis & legit.

TErtiò ex eodem Principio fit quod Papinianus respondit in *d. l. penultim. De suis & legit.* Si pater apud hostes moriatur defuncto iam in ciuitate filio, credendum esse filium patremfamilias decessisse, quamuis, inquit, patria potestate quandiu vixerit, non fuerit in plenum liberatus. Fictio enim legis Corneliæ facit secundo capite, vt mortuus quandocumque pater apud hostes, ex ipso instanti captiuitatis in ciuitate decessisse retrofingatur, ac proinde vt, quamuis reuera & naturaliter filius ante patrem decesserit, pro eo tamen qui superstes fuerit habeatur. At è contrario non tam fictio quàm spes postliminij obstitit viuo filio, ne videri potuerit patria potestate in plenum liberatus, cùm si patrem ab hostibus redire contigisset, vtique patriam ille potestatem cum cæteris suis iuribus postliminij iure recepisset. Sed cùm ponamus non rediisse illum ab hostibus, nihil est quod eo apud hostes defuncto de postliminij fictione tractari possit, aut cur illius spei quæ post mortē quoque filij durauit, reuersuri patris ratio vlla habeatur, cùm spes illa interciderit, adeóque ipsius memoriam necesse sit deletam esse per contrariam legis Corneliæ fictionem, quæ cum postliminij non magis spe, quàm fictione potest concurrere. Cui consequens est quod Papin. infert, vt filius hic qui in ciuitate decessit viuo quidem sed numquam ab hostibus reuerso patre legitimum habuerit heredem. Sed si postliminio pater redierit filio iam defuncto, quicquid per filium medio tempore quæsitum fuerat, habebit, quoniam hoc casu cessante extinctáque legis Corneliæ fictione illa quæ non ad alios captiuos pertinet, quàm qui in hostiū potestate decesserint, inducitur contraria fictio scilicet postliminij, quæ facit vt pater hic qui re vera captiuus & seruus fuit, nihilominus in ciuitate semper fuisse, & consequenter filium in potestate sua semper retinuisse existimetur. Et nō est mirum, inquit Papinianus, si peculium quoque pridem defuncti filij patri deferatur, cùm & ex eo filio natus filius potestatis ipsius fiat, id est in huius aui potestate intelligatur esse per suspensi iuris constitutionem : quæ postrema

verba

verba perelegantia sunt ad significandam postliminij fictionem, cuius tota vis, quemadmodum diximus, in eo consistit vt captiui iura quæ in ciuitate & propter ciuitatem habuit, suspendat, nec in totum per captiuitatem abrumpi patiatur, quandiu spes est captiuum ab hostibus reuersurum.

ILLATIO IV.

De testamento facto impuberi filio per patrem postea captum ab hostibus.

QVartò ex eodem Principio fit quod idem Papinianus scribit in *l. quòd si filius 11. D. de captiu. & postlim.* si pater qui filio impuberi fecerat testamentum in ciuitate postea captus sit ab hostibus, & eo adhuc viuo apud hostes filius in ciuitate decesserit, nihil esse quod de secundis tabulis tractari possit, id est euanescere sine dubio pupillarem substitutionem, siue quoniam, inquit, viuo patre filiusfamilias mori intelligitur, scilicet si quandoque etiam post filij mortem pater ab hostibus reuertatur, ita faciente postliminij fictione per quã fingitur ille semper mansisse in ciuitate: Siue, quoniam non reuerso eo exinde videatur filius sui iuris fuisse quo pater hostium potitus est, non per fictionem legis Corneliæ, vt vulgo putant, quasi fingatur pater primo illo instanti captiuitatis decessisse (potius enim ratio hæc vtilem faceret substitutionem tanquã defuncto post patrem filio, factóque sui iuris per mortem patris) sed ex rei veritate quæ nulla indiget fictione, cùm verum sit captiuitate factum esse seruũ patrem, atque ita desiisse liberos habere in potestate, quandoquidem postliminij fictio numquam locum habuit, patre numquam ab hostibus reuerso. Vt proinde negari non possit filium hunc qui antè in ciuitate decesserit viuo patre sui iuris decessisse: quæ res facit irritam substitutionem. Sed de tota illius loci sententia videnda sunt quæ scripsimus *lib. 10. Coniect. cap. 6.* *L. quòd si filius 11. D. de captiu. & postlim.*

ILLATIO V.

De filiofamilias qui vxorem duxit absente apud hostes patre.

QVintò ex eodem Principio fit, vt quamuis filiusfamilias iustas nuptias contrahere non possit sine consensu patris in cuius est potestate, si tamẽ pater ab hostibus captus sit filius medio tempore vxorem ducere possit, Non quod per patris captiuitatem filius hic patria potestate in plenum liberatus intelligatur, Sed quia etsi huiusmodi nuptiis consentire pater non potest, tamen nec etiam dissentire, quod sufficere debet cùm non nisi postliminij spe vinculum patriæ potestatis retineatur *l. in bello 12. §. medio tempore eod. tit. De captiu. & postlim.* de cuius etiam loci sententia & emendatione scripsimus ad *Princip. 4 illat. 5. supr. De nupt.* *L. in bello 12. §. medio tẽpore De cap. & postlim.*

ILLATIO VI.

De his quæ in ciuitate acquirit filiusfamilias durante patris captiuitate.

SExtò ex eodẽ Principio fit quod idẽ Thryphoninus scribit in *d. l. in bello §. 1.* vbi ex eo, quod priùs dixerat, si quis capiatur ab hostibus in incerto esse an hi quos in potestate habuit sui iuris facti sint an adhuc filiifamiliarũ cõputentur, propterea quòd defũcto illo apud hostes, ex quo captus est patresfamiliarũ *d. l. in bello §. 1.*

reuerso numquam non in potestate ipsius fuisse credantur, infert Thryphon. de his quæ medio tempore isti liberi acquisiuerint, stipulatione, traditione, legato, vbi non est reuersus pater, si fortè alij vel in totum his exheredatis testamento, vel in partem instituti sint heredes, vtrum in hereditate captiui quæ lege Cornelia inducitur, an propria ipsorum sint: quod postremum verius esse ait, diuersúmque esse in his quæ per seruos adquiruntur. Meritò inquit, quia hi nimirum serui bonorum semper fuerunt & esse perseuerant, filij verò sui iuris exinde, sibique ideo acquisiuisse intelliguntur, siue dicas exinde sui iuris factos intelligi per fictionem legis Corneliæ quæ fingit patrem prima captiuitatis hora decessisse, siue reuera sui iuris factos esse per captiuitatem, cuius effectus, licèt nullus appareat quandiu reuersionis & postliminij spes aliqua subest, tūc demum tamen apparet, cùm certum esse incipit patrem ab hostibus, neque reuersum esse, neque reuerti vnquam posse, vt eleganter quamuis audenter Scæuola ratiocinatur in *l. Gallus 29. §. videndum De liber. & posthum.*

l. Gallus 29. §. videndū De liber. & posthum.

ILLATIO VII.

De auo instituente nepotem quem habet in ciuitate ex filio captiuo.

d. §. videndum.

SEptimò ex eodem Principio fit quod idem Scæuola tractat in *d. §. videndum*. Si filium apud hostes habens nepotem ex eo heredem instituas non tantùm si viuo te filius tuus decedat, sed etiamsi post mortem tuam priusquā ab hostibus reuersus fuerit nepotem succedendo non rumpere testamentum, Non solùm quia lex Velleia secundo illo capite de quo ibi agitur, nihil addidit, quo significaret tempus, sed etiam quia dici potest, quamuis audenter, inquit, viuo patre hunc filium suum heredem esse desiisse, licèt post patris mortem decesserit, quia nec ab hostibus rediit, nec redire potest. Quamquam locus ille difficilis sanè est ac longiorem exigens explicationem, quæ petenda est ex iis quæ scripsimus *lib. 10. Coniect. cap. 3.*

ILLATIO VIII.

De sententia eorum qua tractat Scæuola in l. Gallus §. quid si qui filium de lib. & post.

d. l. Gallus §. quid si qui filium cum duob. seqq.

OCtauò ex hoc eodem Principio explicanda sunt quæ ab eodem Scæuola tractantur in *dict. l. Gallus §. quid si qui filium & duob. seqq.* de quorum etiam locorum sententia & emendatione totiúsque illius legis interpretatione legenda omnimodo sunt quæ scripsimus *lib. 9. & 10. Coniect.* in quibus videmur nobis totam illam legem non solùm aliter longè quàm ab alijs interpretibus hucusque factum sit, sed si abesse verbo inuidia potest, paullo feliciùs explicasse, & vbi necesse fuit, emendasse.

ILLATIO IX.

De hereditate delata filio captiui.

NOnò ex eodem Principio fit, vt filius eius qui apud hostes est neque sibi neque patri hereditatem vllam quamuis sibi delatam acquirere possit, quamuis ex aliis omnibus causis puta ex stipulatione vel ex traditione, vel ex legato acquirere possit vel patri si ab hostibus ille postea quandoque reuersus sit,

sit, vel sibi patre numquam reuerso. Hanc enim differentiam inter hereditatem & cæteros acquirendi modos ponit Thryphon. in *d. l. in bello* 12. §. 1. *De capt. & postlim.* ibi *de his quæ medio tempore acquirunt stipulatione, traditione, legato, nam hereditate non possunt.* Vnde verò hæc differentia nascitur? Nēpe ex eo quod legati stipulationis & aliarum huiusmodi rerum acquisitio semper lucrosa est, numquam damnosa *l. si hereditatem* 32. D. *mandat.* At hereditatis acquisitione fieri non potest quin iure ipso æri alieno obligetur is cui hereditas acquiritur etiamsi non sit illa soluendo *l. more* 8. D. *de acquir. hered. l. quæ dotis* 33. D. *solut. matrim. l. vltim. Cod. de iur. delib.* Atqui non esset æquum facto & voluntate filij obligari patrem postea quandocumque ab hostibus reuersum, eíque nocere ius patriæ potestatis, quod potissimùm parentum gratia comparatum est. Ob ídque placuit iure ciuili non aliter filiumfamilias posse delatam sibi hereditatem adire quàm si præcedat iussus patris, adeò vt nec satis esset sequi ratihabitionem *l. qui in aliena* 6. *l. si quis mihi bona* 25. §. *iussum* D. *de acquir. hered.* quoniam post ius acquisitum creditoribus & legatariis per aditionem hereditatis fieri non posset vt iis inuitis exoneraretur is qui per hereditatis acquisitionem semel obligatus fuisset *l. cùm hereditate* 55. *eod.* Neque rursus in suspenso manere potest vis & potestas aditionis cùm necesse sit vel eo instanti quo aditio fit, hereditatem acquiri vel numquam *l. actus legitimi* 77. *De reg. iur.* Dices, posse filiumfamilias ipsum capacem esse hereditatis sibi acquirendæ si pater nolet eam sibi per filium acquiri aut acquisitam esse, vt constat ex *l. is qui heres* 13. §. *vltim. De acquir. hered. l. cogi* 16. §. *si pater* D. *ad SC. Trebell.* Cur non ergo interim liceat ei adire, acquisiturus patri si pater volet, vel sibi si acquisitionem pater recusabit? Sed iam dixi non posse manere in suspenso ius obligationum hereditariarum, quæ creditoribus & legatariis ex ipso aditionis instanti acquiruntur. Præsertim cùm fieri possit vt medio tempore id est priusquàm pater ab hostibus redeat, filius in ciuitate moriatur, atque ita reuerso postea quandocumque patre futurum sit vt contra neminem experiri creditores & legatarij possint, id est neque contra patrem qui heres esse noluit, nec per filium heres fieri inuitus potuerit, neque contra filium ipsum qui iam defunctus sit, neque contra filij heredem, quippe quem nullum habere potuit is qui filiusfamilias decessisse creditur *d. l. penultim.* D. *de suis & legit.* Eadem ratio facere debet, ne huic filio restitui hereditas fideicommissaria possit absente apud hostes patre, Non quia fideicommissaria hereditas sit verè hereditas vt vulgo putant (desinit enim hereditas esse per aditionem, fitque patrimonium heredis *l. 1. & tot. tit. D. de separat.*) sed quia restitutio fideicommissi, id est eius vniuersitatis bonorum quæ aliquando fuit hereditas, vt loquitur Vlp. in *l. in fideicommissaria* 18. *D. ad SC. Trebell.* non tantùm solutio debiti est, sed etiam successio cùm per eam obligetur is, cui fit restitutio *l. non enim* 38. *eod.* quam ob causam dicitur hæc restitutio similis esse acquisitioni hereditatis in *l. seruo* 65. *eod. tit.* vbi & hac ratione probat Mæcianus seruo non rectè restitui hereditatem inuito domino vel ignorante. Quamquam subiicit, quod notatu dignum est, in eo differre acquisitionem hereditatis ab acquisitione fideicommissi vniuersalis, quòd cùm de acquirenda hereditate tractatur iussum domini præcedere oportet, id est priùs interuenire quàm seruus heres institutus hereditatem adire possit, sicut & filiofamilias instituto iam diximus.

d. l. in bello 12. §. 1. D. de captiu. & postlim.

L. qui in aliena 6. l. si quis mihi bona 25. §. iussum D. de acquir. hered.

L. cùm hereditate 55. eo.

L. is qui heres 13. §. vlt. eod. l. cogi 16. § si pater D. ad SC. Trebell.

Nec fideicōmissaria hereditas potest restitui filio absente apud hostes patre.

L. non enim 38. D. ad SC. Trebell.

L. seruo 65. eod.

Differentia quæ est inter acquisitionem hereditatis & fideicommissi.

patris iussum præcedere debere. Eadem namque filiifamilias & serui hac parte ratio est, itémque domini & patris. At cùm fideicommissi restitutio facta est nullo iussu præcedente, confirmari ea potest interueniente quandocumque postea ratihabitione, quam subsequi satis est, Exemplo, inquit, bonorum possessionis, quam vtique constat si à filiofamilias vel seruo sine patris aut domini iussu agnita sit, non eo minùs tamen vtiliter agnitam intelligi eiúsque commodum patri dominóve acquiri secuta postea dummodo intra constitutum tempus ratihabitione *d.l.qui in aliena 6.D.de acquir.hered.l.3.§. adquirere D. de bonor.possess.l.penultim.D.rat.rem haber.l.1.Cod.qui admitt.ad bonor.possess.poss.* Neque obscura huius iuris ratio est cùm ex vulgari regula, ratihabitio comparetur mandato *l.licèt 56.D.de iudic.l.vero procuratori 12.in fin.D.solut. l. semper qui non prohibet 60.De regul.iur.l ei qui 7.in fin.Cod.quod cum eo l.vltim. C. ad SC.Macedon.* adeóque quod magis est in maleficiis quoque *l.1.§ sed etsi 14.l.3. §.cùm procurator 10.D.vnde vi, & de vi armat. l.hoc iure 152. §. in maleficio De regul.iur.* Sed illud tantùm obscurum est, Cur non idem obtineat in acquirenda per aditionem hereditate vt ratihabitionem subsequi sufficiat. Sed petenda est ratio dissimilitudinis ex eo, quod iam diximus hereditatis aditionem esse actum legitimum qui proinde in suspenso manere non potest, salua legis dignitate & autoritate *d.l.actus legitimi 77.De reg iur.* iunct. *l.eum qui 51. §.1. & vlt.D.de acquir.hered.* At restitutio hereditatis & agnitio bonorum possessionis non sunt actus legitimi, cùm pendeant ex iurisdictione prætoris, illa fideicommissarij, hæc vrbani. Sollenne autem est prætori vt in iis omnibus quæ iuris honorarij sunt, æquitatem & effectum rei potiùs quàm iuris ciuilis exemplum intueatur. An ergo in proposito dicemus, filium cuius pater apud hostes est delatam sibi bonorum possessionem vel fideicommissariam hereditatem posse interim adquirere? Vtique & quidem ita vt statim valeat illa acquisitio, nec pendeat in tempus vsque ratihabitionis per subsecutam postea congruo tempore ratihabitionem confirmari possit. Quid enim refert an pater ideo ignoret quod apud hostes sit, an quòd aliter sit absens? Aut an ideo non iubeat, quia ignorat, an quia etiamsi sciret, iubere tamen non posset? Atqui omnibus illis casibus posset filius delatam sibi bonorum possessionem agnoscere, ita demum postea emolumentum allaturam patri si ratam ipse eam haberet, *d.l.1.C.qui admitt.ad bon.poss.* Idem ergo & in hoc casu dicendum est, non autem nullius momenti agnitionem illam esse, vt pote quæ licèt nullum emolumentum possit adferre patri ratum habere aut non volenti aut non valenti, tamen filio ipsi adferre potest siue post siue intra centum dies ratihabitioni præstitutos ipse ante reuersum patrem decesserit cùm sit ille adquisitionis capax, vt suo loco probauimus, nihilque prohibeat conueniri eum à creditoribus & legatariis. Quamuis non sit ea res impeditura quominùs pater quãdocũque reuersus ab hostibus postliminij iure recuperet non solùm filium si adhuc viuat, sed etiam omnia ista quocumque iure per filium medio tempore quæsita, Adeò vt nec aliud futurum sit, quamuis filius in ciuitate prædefunctus proponatur, quia sicuti paterfamilias numquam ille fuisse, sed filiusfamilias decessisse intelligitur, ita necesse est quicquid ille viuus quæsierit, patri reuerso deferri peculij vt iam ex Papiniano scripsimus in *d. l. penult. D. de suis & legit.* Loquimur autem de bonorum possessione filiofamilias delata, non etiam patri nisi

L.3.§.acquirere D.de bonor.poss.l.pen Rem rat haber. l.1.C.qui admitt. ad bonor.poss.

Cur ad hereditatem adeundam necesse sit iussum præcedere, nec sufficiat sequi ratihabitionem.

nisi per filium. Alioqui certum est filiofamilias numquam posse acquiri commodum bonorum possessionis quam ille petierit solius patris sui instituti nomine cùm nec si voluisset proprio nomine eam petere potuisset. Alia ratio est serui qui nomine domini vel bonorum possessionem admiserit, vel fideicommissariæ hereditatis restitutionem acceperit. Hic enim cùm omnimodo omnique casu sit incapax acquisitionis, nihil prorsus egisse videri potest, quousque factum ipsius confirmatum sit per subsecutam domini sui ratihabitionem, ob idque fortasse de seruo tantùm non etiam de filiofamilias locutus est Mæcianus in *d.l.seruo*, iunct.*d.l.cogi* 16.*§.si pater eod. d.l.*1. C. *qui admitt. ad bon. poss.* Planè si ante ratihabitionem seruus decesserit, non eo magis impedietur ratihabitio, quæ modo fiat intra tempus à prætore præstitutum *dict. l. penultim. D.rat.rem haber.* Quamquam neque nouum est, vt post elapsum tempus illud admittenda sit ratihabitio patris vel domini ex aliqua iusta causa beneficio in integrum restitutionis vt in specie *l.Pannonius* 86.D.*de acquir.hered.* de cuius sententia & emendatione scripsimus *lib.*14.*Coniect.cap.*1. Sed nos de ratione iuris nunc agimus, non de æquitate restitutionis. Quod autem pater vel dominus ex causa captiuitatis impeditus sit ratum habere factum filij vel serui, non potest iustam præbere causam restitutionis, sed potiùs facere vt iure postliminij recuperatis iuribus omnibus admitti debeat pater vel dominus ad petendam bonorum possessionem, ita vt nec ratihabitio ei necessaria sit, nec restitutio in integrum quandoquidem dies petendæ vel ratæ habendæ petitionis bonorum possessionis vtiles sunt *l.*2.*l.vlt.*D.*quis ord.in bonor.poss.seruet.* ideóque non possunt ei currere qui est apud hostes, si fortè post delatam sibi bonorum possessionem captus sit antequàm sciret sibi delatam aut ante preteritum tempus intra quod vel petere ipse vel ratum habere debuerat. Nam si ponas fuisse illum captiuum, iam ipso tempore delationis, certum est numquam ei fuisse delatam cùm toto illo tempore quo fuit in captiuitate, fuerit re vera seruus hostium *l.*3.*§.sed & eius D.de bonor.poss.* Itaque nihil est quod eo casu tractari possit vel de ratihabitione vel de in integrum restitutione (vtraque enim supponit præcedentem iuris acquisitionem) vel denique de lapsu temporis intra quod aut hereditas adiri aut bonorum possessio agnosci debuerit. Quandocumque enim reuersus pater vel dominus adire ipse poterit si ipse fuerit institutus, aut iubere filio vel seruo vt adeat si filius vel seruus scriptus sit *l. illa institutio* 32.*§.*1.D.*de hered.instit.* Nempe si tùm filius vel seruus viuat. Alioqui facere ius postliminij nequit, vt hereditas in qua filius vel seruus institutus fuit, acquiratur patri vel domino sine facto serui aut filij, non magis quàm vt filius vel seruus iam defunctus ministerium in eam rem vllum patri dominóve præstare possit. Illud sanè superioribus addendum videtur, Si pater vel dominus cuius nomine vel filius vel seruus bonorum possessionem petierat, postea sit captus ab hostibus, magis probandum esse vt hoc ipso ratum habuisse videri debeat, quemadmodum de illo qui ante ratihabitionem furere cœperit scriptum est in *l.vlt.D.de bonor.poss.* vbi ratio redditur, quia ratihabitio ad prioris postulati confirmationem pertineat, id est quia multò facilius est, vt quod iam factum fuit confirmetur, quàm vt quod nullo modo factum est pro facto habeatur. Quamuis non eandem hac parte in omnibus rationem esse patris furiosi & captiui, cõstet satis ex eo quod scriptũ est:

L.Pannonius 86. D. de acquir. hered.

L.2.l. vlt. D.quis ordo in bonor. poss. seruet.

L.3.§.sed & eius D. de bonor.poss.

L. illa institutio 32.§.1. D de hered. instit.

L.vlt.D. de bonor.poss.

L.cum heres 52.D. de acquir. hered.

à Marciano in *l.cum heres* 52.D.*de acquir.hered.*cùm filius heres institutus esset patrémque haberet furiosum in cuius erat potestate, Diuum Pium rescripsisse interponere se beneuolentiam suam, vt si filiusfamilias adierit perinde habeatur atque si paterfamilias factus adiisset,adeóque liceat ei seruos hereditarios manumittere.Nihil enim vsquam tale scriptum est de filio captiui, quem è contrario Thryphoninus in hoc loco quem explicamus,id est in *d. l. in bello* §.1.negat præcisè hereditatem sibi delatam adire posse quandiu pater est apud hostes, Siue quòd aliter posito iure fieret iniuria fictioni postliminij quæ in suspenso retinet vt diximus,ius liberorum, siue potiùs (nec enim plus potest patria potestas suspensa quàm ea de qua dubitari nequeat quin salua sit patri, vt contingit in patre furioso)quòd plus spei lex habeat de ciuibus suis ab hoste in cuius manu sunt,per virtutem bellicam recuperandis, quàm de furiosi conualescentia,quæ tota pendet ex futuro incertóque euentu *arg.d.l.in bello in princip.*in iis verbis elegantissimis *quia spem reuertendi ciuibus in virtute bellica magis quàm in pace Romani esse voluerunt.*iunct.*l.3.in princip.*& §.1.D.*de tutel.*

d. l. in bello in princip.

ILLATIO X.

De testamento captiui.

L.eius qui 8.D.qui test. facer.poss.§. vlt. Inst.eo.

DEcimò ex eodem Principio fit,vt eius qui apud hostes est testamentum quod ibi fecit non valeat quamuis redierit *l.eius qui* 8.*D.qui testam.facer.poss.§.vlt.Instit.eod.*Nempe quoniam qui captus est ab hostibus re vera seruus hostium est,Seruos autem testamentum facere non posse constat. Nec quod postea quandocũque reuersus ille fingatur semper in ciuitate fuisse,ad rẽ facit, quia quod hoc vel illo loco,itẽque hoc vel illo tẽpore factũ sit testamentũ facti est non iuris.Ad ea verò quæ facti sunt,postliminij fictio quæ tota iuris est, non pertinet.*d.l.in bello* 12.*§.facti.l.denique* 19.*D.ex quib.cauſ. maior.* Alioqui eadẽ fictio faceret,vt nullũ prorsus testamentũ in proposito casu factũ videretur,cũ verũ sit nullũ in ciuitate factũ esse. Nõ enim fictionis potestas in eo est vt quod apud hostes factũ fuit in ciuitate factũ esse intelligatur, sed è contrario vti ne vnquã apud hostes fuisse existimetur is qui rediit in ciuitatem. Ergo cùm de eo testamento tractemus,quod apud hostes factum fuerit, non potest assequi fictio vt habeatur pro facto in ciuitate,sed potiùs vt habeatur pro non facto,ne captiuitatis memoria retineatur quæ per postliminij fictionem aboletur.Coniungit enim fictio postliminij instans reuersionis cum instanti captiuitatis,sicut lex Cornelia instans mortis cum eodem instanti captiuitatis *l. iusto errore* 44.*§.vlt.D.de vsucap.*Atque ita necesse esset si per fictionem postliminij induceretur vt testamentum apud hostes factum in ciuitate factum intelligeretur,illud quoque induci vt alio longéque anteriore die quã quo factũ sit,pro facto haberetur,quod omnino impossibile est, implicátque contradictionẽ.Iam enim testamentũ aliud esset non illud ipsum quod fictio postliminij confirmare vellet.Ex quo enim dignosci meliùs potest an idẽ an aliud testamentũ sit,quã ex tẽpore,vt quod alio tẽpore factũ est,aliud quoque esse necessariò sit admittendũ? *l.vlt.D de his quæ in test.delent.l.si quis priore* 29. D.*ad SC.Trebell.l.1.§.1.D.de bonor.poss.secund.tabul.*Idque nimirum est quod solemus dicere postliminij fictionem in suspenso retinere,posteáque cõseruare ex euentu iura omnia quæ captiuus habuit & reliquit in ciuitate, vt intelligamus non

d.l. in bello 12.§.facti de captiu.& postlim.l.denique 19.D. ex quib. cauſ.maior.

L. iusto errore 44 §.vlt. D. de vsuc.

L.vlt.D.de his quæ in test. delent. l.si quis priore 29. D ad SC.Trebel. l.1.§.1.De bonor.poss. secund.tab.

non pertinere illam ad iura aliqua inducenda tempore ipso captiuitatis, nec proinde ad testamentum quod eo tempore factum sit, confirmandum. Itaque non satis subtiliter meo iudicio faciunt, qui interrogati, Cur non valeat testamentum quod captiuus apud hostes fecit quamuis ab hostibus redierit: Nihil aliud respondent, nisi quòd non aliter valere testamenta possint, quàm si testator vtroque tempore & testamenti,& mortis habeat factionem testamenti *l.2.l.4.l.is cui 18.& seq.D.qui testam. facer. poss.* Id enim tum verè & accommodatè dicitur, cùm de eo testatore agitur, qui aliquis sit, hoc est, qui personam aliquam habeat, in quam cadere possit quæstio an capax sit an incapax faciendi testamenti: siquidem esse quem capacem, vel incapacem qualitas est quæ non potest esse sine subiecto, id est sine persona. Atqui quisquis seruus est, vel pro nullo habetur si numquam fuit liber *l.quod attinet 32. De regul.iur.* vel pro mortuo si aliquando liber fuit *l.intercidit 59.in fin.D.de condic.& demonstr.l.seruitutem 209.De reg.iur.* & consequenter nullam personam eo tempore habuisse creditur, quæ potuerit esse, vel capax, vel incapax, sed tunc primùm cœpisse habere cùm exiit de seruitute, siue per manumissionem, siue quo alio modo *l.si Pamphilo 10. D.de option.legat.* Igitur non nisi ineptè possis dicere ciuem romanum captum ab hostibus toto eo tẽpore quo reuera seruus fuit, non habuisse factionem testamẽti cùm nec in rerum natura fuisse interim, existimetur, nec ob id magis quod ab hostibus redierit, quinimo tanto minus, quod fictio postliminij delet omnino memoriã captiuitatis,& consequenter incapacitatis quæ ex sola captiuitate inducebatur, Nam & inde fit, vt testamẽtũ quod captiuus in ciuitate fecerat priusquàm ab hostibus caperetur, licèt ex iuris ratione factum esset irritum per captiuitatem & seruitutem, reuerso tamen ab hostibus testatore, nõ tã cõualescat quàm valeat sempérque valuisse intelligatur ex postliminij fictione *d.§.vlt.Inst. qui testa.facer. non poss.* (Sicut & mortuo illo apud hostes confirmaretur per legẽ Corneliã, vt ibidem Iusti.ait) Non quasi specialiter cautum quicquã sit de testamento per postliminij fictionem confirmando, sed in solam consequẽtiam inductæ eiusmodi fictionis, quia sublata per fictionem illam non modò iniuria,& vt ita dicam infamia, sed etiam memoria captiuitatis illud vnum necessariò relinquitur, vt testamentum quod ab initio valuit non magis possit dici factum irritũ per captiuitatẽ quàm si testator mansisset semper in ciuitate. Vsque adeò autẽ nõ valet testamentum apud hostes factum à captiuo, vt ad obsides quoque idem ius tractum sit, ne scilicet testari possint nisi eis permittatur *l.obsides 11.eo. tit.qui testam.facer.poss.* Non quia obsides sint serui (alioqui si serui essent, testari numquam possent, id est nec si eis permitteretur, cùm testamenti factio sit iuris publici *l.3.eod.* quam proinde nisi à lege habere nemo potest *l. qui in potestate 6.eod.l.tam is 25.§.filiusfamilias D.de mort.caus.donat.*) sed quia nec omnino liberi dici possunt, qui si non sunt verè captiui tamen captiuis comparantur *l.Diuus Commodus 31.D.de iur.fisc.* vbi refertur Cõmodi Imperatoris rescriptum de obsidum sicut & captiuorum bonis omnimodo in fiscum cogendis. Non idem iuris est in Legato, id est in eo qui apud externos etiam hostes fungitur legatione. Hic enim etiamsi apud hostes sit, non ideo tamen in hostium potestate est, nec ciuis esse desinit ob id solùm quòd neque in ciuitate sit neque intra fines imperij romani *l.qui à latronibus 13.§.1.D.qui test.facer.poss.*

Quisquis seruus est vel pro nullo habetur vel pro mortuo. L.quod attinet 32.de re. iur.l.intercidit 59.in fin. D. de cond. & demonst. l. seruitutẽ 209.De reg. iur. *L.si Pãphilo 10.D.de opt. legat.*

d.§.vl.infr. qui testam. facer.poss.

l. obsides 11. D.eo.tit.qui testam. facer.poss.

l. Diuus Cõmodus 31. D.de iu.fisc. l.qui à latronibus 13.§.1. D. qui test. facer.poss.

ILLATIO XI.

De filio in captiuitate suscepto postea in ciuitatem reuerso.

L.apud hostes 9.D. de capt.& postlim.

VNdecimò ex eodem Principio fit quod Vlp.scribit in *l.apud hostes 9. D. de captiu.& postlim.* apud hostes susceptum filium si postliminio redierit iura filij habere post rescriptum Seueri & Antonini ad Ouinium Tertullum quo placuit vt filius apud hostes susceptus quamuis ex propria persona ius postliminij habere non possit,quia numquam fuit in ciuitate,habeat tamen ex persona parentum,Nempe si cum parentibus redierit nō etiam si solus.Quòd si defuncto iam apud hostes patre redierit cum sola matre,habebit quidem ius postliminij at non ex persona patris quem nullum habuisse vnquam creditur, sed ex persona matris vt eleganter nec obscurè probatur ex eiusdem rescripti verbis,quæ extant in *l.1.C.eod.* Quænam verò sunt iura filij cùm de patre tractamus nisi iura sui heredis? Vnde verò ius sui heredis,nisi ex iure patriæ potestatis? vt docuimus suo loco.Ex eo igitur apparet ius patriæ potestatis per postliminij fictionem restitui tam patri quàm filio,vt vterque eodem iure censeatur,quo esset si apud hostes numquam fuisset, Quò etiam pertinet quod scriptum est in *l.Diui 25.D.eod.tit.*

L.1.C.eod.

L. Diui 25. D.eod. tit.

ILLATIO XII.

De reuerso ab hostibus nepote ex filio qui interim dederat se adrogandum tum fuerat emancipatus.

L.si me tibi 13.eod.

DVodecimò ex eodem Principio fit quod traditur ex Paulo in *l. si me tibi 13.eod.tit.* Si me tibi adrogandum dedissem emancipato me reuersum ab hostibus filium meum loco nepotis tibi futurum:quia cùm ponamus fuisse illum conceptum in ciuitate priusquàm me emancipasses, futurus erat ille tibi nepotis loco etiam post meam emancipationem si perpetuò mansisset in ciuitate qualis erat priusquàm ab hostibus caperetur. Cùm autem dicimus futurum illum tibi nepotis loco, intelligimus futurum tibi suum heredem, cùm iam non anteruertatur in familia tua à me qui per emancipationem factus sum extraneus *§ sui autem Instit.de hered.qualit.& differ.* iunct. *l.quinetiam 55.§.vlt.D.de rit.nupt.*

ILLATIO XIII.

De duplici specie & fictione postliminij in vna eadémque persona.

L. cùm duæ 14.eod.tit.

DEcimotertiò ex eodem Principio fit,quod scriptum est in *l. cùm duæ 14. eod.tit. De captiu.& postli.* cùm duæ species postliminij sint,vt nos,aut reuertamur,aut aliquid recipiamus, cùm filius ab hostibus reuertitur duplicem in eo causam esse oportere postliminij,vnam ex persona patris qui filium iúsque pristinum patriç in eum potestatis recuperat,Alteram ex persona filij,qui ipse recipit etiam ius suum,id est iura filij & sui heredis.

ILLATIO XIIII.

De filio post patris redempti & ante luitionem defuncti mortem offerente redemptionis quantitatem.

DEcimoquartò ex eodem Principio fit, quod Vlp. scribit in *l. si patre redēpto 15. D. eod. tit.* Si patre redempto & ante luitionem defuncto filius post mortem eius quantitatem redemptionis offerat, dicendum esse suum patri heredem posse filium existere, Quia scilicet tunc demum incipit omnino liber defunctus videri pater, qui ante luitionem non omnino à captiuitate liberatus videbatur *l. liber captus 17. C. eod.* Quamquam subiicit idem Vlp. posse etiam dici subtilius nec sine ratione patrem hunc dum moritur quasi iure pignoris finito nactum esse postliminium & sine obligatione debiti obiisse, vt potuerit suum heredem habere, quod tamen quam rationem habeat, quoniam satis obscura illa est, si quis scire volet, legenda sunt, quæ scripsimus ad Princip. 4. *De iur. person. post illat. 3. versic. obseruandum.*

L. si patre redēpto 15. eod. tit. l. liber captus 17. l. eo.

ILLAT. XV.

De testamento eius qui vxorem habens prægnantem captus fuit ab hostibus.

DEcimoquintò ex eodē Principio fit, vt si quis cùm prægnātem vxorē haberet in hostium potestatem peruenerit facto prius in ciuitate testamento, deinde nato filio & iam mortuo redierit ille ab hostibus; testamentum eius ruptum & consequenter postquàm ruptum est nullum fit, quia & eorum qui in ciuitate manserunt, testamenta hoc casu rumpuntur *l. bona 22. §. vlt. eod. tit. De captiu. & postlim.* Etsi enim Iulianus eo loco ponit testatorem apud hostes decessisse, ratio tamen quam adfert ad hunc quoque casum optimè adeóque accōmodatiùs pertinet, quo testator ab hostibus reuersus sit. Nec alia inter hos casus differētia est, nisi quod cùm pater apud hostes decessit filio posthumo iam defuncto in ciuitate maiorem dubitationem res habet, Quasi non potuerit agnatione posthumi rumpi testamentum quod irritum iam factum fuerat per captiuitatem. Moriente verò postea testatore, nihil obstet quominus per legem Corneliam cōfirmari possit sublata iniuria captiuitatis, cùm eo tempore posthumus qui fuerat præteritus iam defunctus reperiatur *arg. l. 5. vers. post defectū, & l. posthumus 12. D. de iniust. rupt.* Sed bene Iulianus animaduertit. Immo verò nullū esse omnimodo hoc testamentū nec per legē Corneliam confirmari posse, quia absurdum fuerit meliorem esse condicionem huius patris capti ab hostibus & apud eos defuncti, quàm futura erat si mansisset in ciuitate: quo tamen casu res non haberet dubitationem quin posthumi agnatione testamentum ruptum esset. Nam & cùm lex Cornelia fingeret hunc ipsum patrem ab hostibus numquam captum fuisse, sed quod omnino consequēs esset in ipso captiuitatis instanti atque ita ciuem romanū decessisse, inde necessariò fieret, vt testamentum de quo agimus non tam per captiuitatem irritum dici posset, quàm præteriti posthumi agnatione ruptum: præsertim cùm ea legis Corneliæ fictio induci non possit quin posthumus ille post patris mortem & natus & defunctus esse retrofingatur. *l. lex Cornelia 28. vers. quapropter De vulg. & pupill. subst.* Ob idque nimirum dicimus

L. bona 22. §. vlt. D. de captiu. & postlim.

L. lex Cornelia 28. l. si pater 9. & seq. De iniust. rupt.

minorem fore dubitationem si pater ab hostibus postliminio rediisse proponeretur, quia cùm postliminij fictio efficiat, vt semper in ciuitate fuisse pater existimetur, apertius est non aliam huius testamenti condicionem esse posse, quàm futura fuerit si pater in ciuitate semper mãsisset. Eodémq; pertinet quod Paulus scribit in *l. si pater 9. & seq. D. de iniust. rupt.* Si pater ab hostibus capiatur filio manente in ciuitate, testamẽtum non rumpi reuerso patre. Sed nec filium ab hostibus redeuntẽ rumpere patris testamentũ. Quia quamuis vtroque casu videatur nouus suus heres induci in familiam patris qui desierat filium habere in potestate(quæ dubitandi erat ratio ad vtrumque casum) neutro tamen casu ruptum fuisset testamentum patris, si neutrius captiuitas intercessisset: Ponimus enim satisfactum sollennitati legis & eo testamento filium institutum, vel exheredatum. Alioqui non de rupto, aut rumpendo, sed de iniusto & nullo testamento tractari oporteret. His tamen quæ nunc ad Iulianum scripsimus iungi volumus ea quæ pluribus in eandem rem scribemus ad Prin. 9. *illat. 4. infr. eod.*

ILLATIO XVI.

De nepote suscepto & nato in ciuitate ante reuersum ab hostibus auum.

l. si quis prægnãte 23. D. de captiu. & postlim.

DEcimosextò ex eodem Principio fit, quod ex eodẽ Iuliano subiungitur in *l. si quis prægnante 23. eod. tit.* Si quis prægnante vxore relicta in hostium potestatem peruenerit, mox natus filius eius postea vxore legitimè ducta filiũ vel filiam procreauerit, ac deinde postliminio auus reuersus sit, omnia iura nepotis nomine perinde capturum auum acsi filius natus ei in ciuitate fuisset, Sic enim lego addita dictione *ei* sine qua nõ potest lectio bonum habere sensum, quandoquidẽ verũ est in ciuitate natum esse filium, nec captiuitas patris eiusdémque aui potest obstare quominus in ciuitate natus sit filius, sed tantùm ne fuerit ei natus, quia nõ potuit nasci ei qui cùm eo tẽpore seruus reuera esset pro mortuo habebatur. Nepos verò ex eodẽ filio multis pòst annis susceptus, multò minùs potest videri natus fuisse nepos huic auo cùm neq; natus, neque cõceptus fuerit eo tempore quo auus adhuc viuere credebatur, vt dici solet de illo qui post alterius mortẽ conceptus est eũ neque agnatũ, neq; cognatũ dici posse *l. Titius 6.* iunct. *l. seq. & l. 1. §. sciendum D. de suis & legit. l. 1. §. si quis proximior D. vnd. cogn. l. vlt. D. de vent. in poss. mitt.* Sed omnes istas dubitationes tollit potestas postliminij quę fictæ illius mortis quã captiuitatis ratio inducebat memoriam delendo, facit è contrario, vt auus hic semper non solùm vixisse, sed etiam quod magis est in ciuitate mansisse existimeter.

ILLATIO XVII.

De filiofamilias transfuga qui rediit viuo patre.

l. postliminium 19. §. filius quoque eod. tit.

DEcimoseptimò ex eodem Principio pendet ratio dubitandi ad id quod Paulus scribit in *l. postliminiũ 19. § filius quoque eo. ti. De castr. pec.* filiũfamilias trãsfugã nõ posse postliminio reuerti, ne quidẽ viuo patre. Nã cùm in huius filij persona duplex induci possit causa postliminij vna ex parte patris vt filiũ suũ recipiat, altera ex parte ipsius filij, vt ipse quoq; ius suũ recuperet, quãuis in

nis indignus sit filius cui succurratur ea fictione, quæ nō sit inducta, nisi ad vtilitatē reipublicæ, à qua ille pessimo & impiissimo exemplo transfugit ad hostes, iniquum tamē videtur eam rem nocere patri cui delictum filij, nec potest, nec debet imputari. Potiúsque admittendum videretur denegādum filio postliminium ex persona propria, sed tamen concedendum ex persona patris, vt dici solet de filio qui apud hostes conceptus natúsque est *l.1.C.de postli.reuer.* Sed in contrarium mouetur Paulus elegantissima ratione, quia transfugā hunc non solùm patria amiserit, sed etiam pater, & quidem eodem prorsus modo quo & patria, hoc est sine vlla spe illius per postliminium recuperandi. Hic enim sensus est illorum verborum, *quia pater sic illum amisit quemadmodum patria.* Cur verò iacturam patris ex iactura reipublicæ hoc casu æstimamus? Nimirum quia, vt præclarè grauitérque Paulus subiicit, disciplina castrorum antiquior fuit parentibus romanis, id est anterior pondere & autoritate, quàm charitas liberorum, quia & prius est, vt patriæ quàm vt parentibus nostris nascamur *l.1.§.& generaliter* 15. *De ventr.in poss.mitt.l.honor* 14.*§.plebeij D.de muner.& honor.*

L.1. C. de postli.reuer.

Patria prius quàm parētibus nostris nascimur.

ILLATIO XVIII.

De seruo herede scripto à domino qui apud hostes decessit.

DEcimooctauò ex eodem Principio fit vt seruus heres scriptus ab eo, qui in hostium potestate decesserit, licèt liber & heres sit, seu velit, seu nolit, non tamē satis propriè necessarius heres dici possit, vt Iulianus scribit in *l.lege Cornelia* 12.D.*qui testam.facer.poss.* Nempe quia non potest dici fuisse in potestate domini sui morientis, cùm ille ipse à quo fuit institutus decesserit re vera seruus hostium & in eorum potestate. Nec enim fieri potest, vt alium in sua potestate habeat is qui non sit suæ potestatis *l.sic eueniet* 21.D.*ad leg. Iul.de adulter.* sicut nec illud rursum, vt necessarius heres videri debeat, qui non fuerit in morientis domini potestate §.1.*Instit.de hered.qualit.& differ.* Eadē ratio facit quod Iulianus ibidem subiungit, vt filius eius qui in hostium potestate decessit, nec suus heres dici propriè possit quamuis inuitus hereditati obligetur, quia scilicet non fuit in potestate patris morientis qui ipse reuera mortis suæ tempore in hostium potestate ac eorum seruus fuit. Nam vt suus heres quis sit illud potissimùm requiritur, vt in potestate morientis patris *l.vlt.* D. *de collat.* quamquam nec hoc sufficit, nisi etiam illud concurrat, vt primum in causa gradúque succedendi locum obtineat *l.si quis filio* 6.*De inius.rupt. l.scripto* 7.D.*vnd.liber.§.sui autem* De *hered.qualit.& differ.* Cur ergo filius hic sui heredis, seruus verò necessarij iure censetur, vt vterque inuitus hereditati obligetur? Quia nimirum fictio legis Corneliæ pugnat hîc cum veritate, facítque vt & ciuis & ante captiuitatem decessisse intelligatur is qui re vera & apud hostes & seruus decessit. Veritas impedit ius sui & necessarij heredis. Fictio verò inducit, eáque præualet veritati in iis quæ sunt iuris ciuilis, qualia sunt iura suorum & necessariorum heredum, cùm sit ipsa etiam tota iuris ciuilis, Nec aliud iure prætorio obtinet, siue agatur de bonorum possessione contra tabulas danda filio qui ab hostibus rediit *l.1.§.sed etsi* De *bon.poss.cont.tab.* siue de bonorum collatione per eum facienda *l.1.§.qui ab hostibus* 17.*D.de collat.*

L.lege Cornelia 12. D. qui testam facer.poss.

L.vlt. D.de collat.

L.si quis filio 6.D. de iniust.rupt. l. scripto 7. D. vnd.liber.

L.1.§. sed etsi De bon.poss. contra.l.1.§.qui ab hostibus 17.D.de collat.

ILLATIO XIX.

De capto ab hostibus filio reuerso post mortuum in ciuitate patrem.

DEcimononò ex eodem Principio fit, vt captum ab hostibus filium patre interim medióque tempore mortuo lex Cornelia reuersum si in potestate patris fuit eo tempore quo captus est, suum faciat heredem, siue testatus eo filio instituto, siue intestatus pater decessisse proponatur *l. captum* 9. *C. de postlim. reuers.* vbi tamen quod de lege Cornelia scribunt Impp. mihi iampridem suspectum est, cùm ea fictio quæ hunc filium reuersum patri suum heredem facit non ad legem Corneliam referri possit, sed ad ius postliminij, quod tamẽ non lege Cornelia, aut vlla alia introductum fuit, sed moribus magis constitutum & quidem ex naturali æquitate, vt Paulus scribit in *l. postliminium* 19. *D. de captiu. & postlim.* Itaque facilè retineo coniecturam illam quam probaui *li.* 9. *Coniect. cap.* 6. *& lib.* 10. *cap.* 3. vt in *d. l. captum* dictio *Cornelia* sit irreptitia, consitáque ex similitudine dictionis *postea* quæ in eius locum videtur substituenda, vt bene omnia quadrẽt. Plenior enim est fictio postliminij quàm legis Corneliæ cùm illa pertineat ad iura defuncti omnia, hæc verò ad captiuorum duntaxat hereditates, vt disputauimus supradictis locis. Passimque videas in toto iure nostro fictionem postliminij à fictione legis Corneliæ separari. Quãquã non ignoro plerosque doctissimos Iureconsultos in ea esse heresi, vt putẽt legis Corneliæ duo fuisse capita, quorum priore ius postliminij inductum sit, posteriore verò prospectum hereditatibus captiuorũ. Sed vnde id hauriant ignoro. Nam quod ius postliminij lex appellatur in *d. l. captum*, & suspensi iuris constitutio à Pap. in *d. l. pen. De suis & legit.* ad rem non facit cùm mores quoque populi romani nihil aliud sint quàm leges non scriptæ *l. de quibus* 32. *De legib.* Vnde & duo illa *moribus legibus* cõiunguntur in *d. l. postliminiũ.* Qt ęnã verò æquitas naturalis illa sit quæ postliminium moribus introduxit docet Paulus in *d. l. postliminium*, Vt qui per iniuriam, inquit, ab hostibus detinebantur ij vbi in fines suos rediissent, pristinum ius suum reciperent, In quo tamen illud mirum videri potest, quod ait per iniuriam detineri eos qui ab hostibus in bello capti sunt, Cùm toties dixerimus quod & verissimum est ex iure gentium esse non solùm bella, sed etiam quod consequens fuit, captiuitates & seruitutes ac proinde ex ratione & æquitate naturali ex qua ius omne gentium æstimatur. Nimirum ex hypothesi & suppositione, id est supposita hominum malitia quæ non passa est diutius consistere cognationem illam, quam inter omnes homines natura constituerat *l.* 4. *&* 5. *D. de iustit. & iur.* Sed ad id Paulus respicit, quod cùm ex populi romani dignitate sit vti ne bellum vllum, vel intulisse, vel suscepisse credatur nisi quod sit iustum, ne addam & necessariũ (quod addebat ille qui putabat nullum posse iustum esse bellum, nisi quod necessarium esset) conueniens est, vt quisquis ex romanis ciuibus in bello capitur, nõ nisi per iniuriam ab hostibus detineatur. Qua ratione dicendum esset eos populos, qui cum romana republica bellum gerunt, idem ius & priuilegium postliminij habere ex naturali ęquitate non debere, cùm fieri nequeat, vt bellum iustum sit ex vtraque parte at alterutrum ex hostibus necesse sit arma iustius induisse. Verùm non facit ea res quominùs sit commune ius postliminij, quia ex tot populis qui bellum gesserunt nullus vnquam fuit, qui bellum ex parte sua iustum esse non crediderit, aut credere se non præ se tulerit,

L. captum 9. *C. de postli.*

L. postliminium 19. *D. eod.*

Emendatio d. l. captum.

Vnde inducta sit fictio postliminij.

L. pen. D. de suis & legi. d. l. postliminium.

Qui ab hostibus capti sunt an per iniuriã detineantur.

L. 4. *&* 5. *D. de iusti. & iur.*

Itaque hîc euenit, quod & aliàs in iure nostro plerumque solet, vt non in ęquitate ipsa naturali peccetur, sed in æquitatis illius naturalis, iurísve applicatione. Est autem non inelegans hoc exemplum eius, quod alibi docuimus non omnem æquitatem, aut rationem naturalem sufficere ad inducendum ius naturale. Nemo enim nisi ineptè dixerit postliminium quod ex æquitate naturali inductum esse, Paulus ait, inductum etiam fuisse iure naturali, cùm pẽdeat ex captiuitatibus & seruitutibus quæ sunt contra naturam, id est contra ius naturale, vt apparet ex seruitutis definitione posita in *l.4.§.1.De stat.homin.* iunct. *l.quod attinet 32. De regul.iur.* Cur verò æquitas illa naturalis non est sufficiens ad inducendum ius naturale? Nẽpe quia contraria ratione & æquitate naturali labefactatur: Nec illa solùm quæ cognationem à natura ipsa inter homines constitutam violari nõ patitur, sed etiam illa, quod naturali rationi repugnet, præsupposita dominiorum distinctione, quam ius gentium introduxit, vt qui in alterius potestate ac dominio esse cœpit, inuito ei subtrahere se possit nedũ ignoranti quantumuis in fines suos redierit *l.id quod nostrum 11. De regul iur.* Quæ ratio eadem facit, vt nec iuris gentium magis quàm iuris naturalis dici postliminium possit, quamuis gens vix vlla sit quæ hodie non eo vtatur, sicut & stipulationibus, & acceptilationibus, & testamentis, quæ tamen omnia iuris ciuilis non gentium esse suo loco probauimus. Est ergo postliminium iuris ciuilis, sed non scripti, quia propter solam vtilitatem ciuium & reipublicę introductum fuit, ne alioqui metu damnorum quæ incidens captiuitas esset allatura eueniet, vt minùs alacriter ciues romani ad bellũ accigerentur: quos multò magis decebat etiamsi ab hostibus capti essent, dummodo posteà rediissent, pro iis haberi qui semper in ciuitate mansissent, ex qua scilicet non exierant, nisi vt vitam & libertatem pro reipublicæ salute profunderent. Fuisse autem ius hoc multo antiquius lege Cornelia cõstat etiam ex eo quod Modest. scribit in *l.4. De capt.* in illis verbis *antiquitus placuit.* Nõ enim sic loquitur de iis quæ certa lege inducta fuerũt. Quamquam lege Cornelia cui & occasionẽ, aut potiùs exemplum dedisse videtur confirmatum illud fuisse nihil prohibet satísque probabile est, & ad id respexisse Impp. in *d.l.captum,* si vulgarẽ lectionem retinere malis, quàm emendationem nostrã probare. Sanè quod Papin. in *l.penult.in fin.de suis & legit.* vocat postliminium suspensi iuris constitutionem non facit, vt referri debeat ad legem Corneliam. Nam & eo nomine donantur illa etiam quæ prudentum sola autoritate citra legem vllam constituta sunt, vt in *l.si seruum 91.§.sequitur & seqq. De verb.oblig.l.1.D.de priuat.delict.l. in bello 12.§.si quis seruum D.de capt. & postlim.*

Non omnis æquitas naturalis inducit ius naturale.

Postliminij cõstitutio iuris naturalis non est nec iuris gentiũ sed ciuilis, non scripti.

PRINCIPIVM VIII.

De captiuo qui reuersus semper in ciuitate fuisse creditur.

POstliminij fictio efficit vt retro in ciuitate fuisse credatur quisquis ab hostibus aduenit.l.retro creditur 16. D.de captiu.& postlim. Vnde verò ius hoc postliminij fluxerit, & qua ratione inductum sit, satis supérque diximus ad Princip. præcedens, maximè verò illat. vlt. Illud tantùm addendum est, quod Põponius monet in *l.postliminij 5.eod.tit.* postliminij ius cõpetere, aut in bello, aut in pace. In bello cùm hi qui nobis hostes sunt, aliquem ex nostris cœperunt, & in-

l.4. D. de cap & postl. L.retro creditur 16. D. de capt. & postlim. L.5. eod.tit.

tra præsidia sua perduxerunt. Nam si eodem bello is reuersus fuerit postliminium habet, id est, perinde omnia ei restituuntur iura acsi captus ab hostibus non esset. An ergo si ab hostibus quidem reuersus fuerit, sed nõ in eodem bello, postliminium non habebit? Immo habebit, sed non illud de quo nunc agimus, id est postliminium belli, sed postliminium in pace de quo statim dicemus, Antequam verò ciuis noster ab hostibus captus in præsidia hostium perducatur, manet ciuis, quia nec prius videtur in hostium esse potestate, non tam ob id quod per fallaciam possit facilius interim euadere, quàm quòd bellica virtute militum nostrorum interim recipi posse speretur. Spem enim reuertẽdi ciuibus in virtute bellica magis quàm vel in pace, vel in dolo esse romani voluerunt *l. in bello 12. in princip. eod. tit.* Vnde illud etiam est quod ab Imperatoribus rescribitur in *l. ab hostibus 14. C. eod.* ab hostibus captos & non cõmercio redemptos, sed virtute militum nostrorum liberatos, ac proinde quamuis iam in castra & præsidia hostium perductos illico statum eum recipere quem captiuitatis casu amiserant, quinimò etiam seruos romanorum ab hostibus ita recuperatos dominis suis statim restitui. Receptos enim eos non captos videri debere, & militem nostrum defensorem eorum oportet esse non dominũ. Quamquam quod ad ius postliminij attinet, nihil interest quomodo captiuus reuersus sit, vtrum dimissus, vel receptus, an vi, aut fallacia potestatem hostium euaserit, dummodò ea mente venerit, vt non illò reuertatur *l. nihil interest 26. D. eod. tit.* Itaque non absurdè lex Cornelia de captiuis apud hostes defunctis finxit ciuem romanum ab hostibus captum & apud eosdem postea defunctũ primo captiuitatis instanti decessisse. Hoc ipso enim fecit, vt ciuis romanus decessisse videatur, cùm fieri nequeat, vt primo illo instanti reperiatur in hostium præsidia iam perductus is qui ab hostibus captus est, neque rursus vt ante videatur seruus factus quàm in præsidia perductus sit. Vt taceã primũ illud instans captiuitatis non seruituti, sed libertati omnino adscribendum esse, quia non is qui iam seruus sit capitur, & fit seruus, sed is demum qui adhuc sit ciuis. Exẽplo eius, quod sæpius monuimus, Instãs mortis non morti adscribi, sed vitæ *l. qui duos 18. §. 1. D. de man. testam. l. vlt. D. de condic. instit.* quia nec fieri potest, vt moriatur is qui iam mortuus sit, sed ille demum qui adhuc viuit. Porrò tunc ad nos reuersus esse intelligitur is, qui captiuus fuit, cùm aut ad amicos nostros peruenit, aut intra præsidia nostra esse cœpit, Contraria superiori ratione, quia nec prius hostium potestatem effugisse intelligitur, à quibus facilè potest adprehendi. Subiungit Pomponius in pace quoque postliminium datũ esse: Nam si cum gente aliqua, inquit, neque hospitium, neque amicitiam, neque fœdus amicitiæ causa factum habemus, hi hostes quidem non sunt (hostes enim sunt quibus populus romanus bellum publicè decreuit, vel qui populo romano *l. hostes sunt 24. eod. tit. l. hostes 118. De verb. signific.*) sed tamen quod ex nostro ad eos peruenit illorũ fit, & liber homo noster ab eis captus seruus fit & eorum. Idémque est si ab illis ad nos aliquid perueniat. Hoc igitur quoque casu postliminium datum est, darique conueniens fuit. Eleganter autem tractat idem Pomponius, si quis hostium à Romanis captus, in ciuitate manumissus fuerit, & postea peruenerit ad suos an postliminij ius habere possit. Dubitandi causa est, quia postliminium delet quidem memoriam captiuitatis, sed vt deleat memoriam libertatis, quæ medio tempore data fuit difficilius sanè videtur. Non solùm quòd libertas sit fauorabilis, sed etiam quòd habeat quid

positi-

L. in bello 12. in prin. eod. tit.

L. ab hostibus 14. C. eo.

L. nihil interest 26. D. eod.

Instans captiuitatis libertati adscribendum est nõ seruituti, vt instans mortis vitæ non morti.

Postliminiũ in pace.

d. l. 5. eod. ti.

positiuum, cuius nihil nisi priuatio quædam est, id quod nos captiuitatem & seruitutem appellamus. Sed tamen magis probat Pomponius vt ita demum hic quoque postliminio reuersus intelligatur, si malit suos sequi, quàm in ciuitate nostra manere, Et rectè. Cùm enim omnis manumissio præsupponat seruitutem *l. 2. C. de ingen. manum.* & postliminij fictio tollat omnino memoriam seruitutis, fieri nullomodo potest vt remaneat intellectus aliquis libertatis, qui non tollatur postliminij potestate vt Papiniani verbis vtar in *l. si patroni 55. §. vlt. D. ad SC. Trebell.* Nec obstat huic sententiæ fauor libertatis, cùm multò plenior libertas illa sit quæ per postliminium restituitur, quàm quæ per manumissionem obtingit. Illa enim eadem ipsa libertas est quæ ante captiuitatem erat, ac proinde coniuncta cum ingenuitate. Quæ verò per iustam & vtilem manumissionem obtingit, ea inducit secúmque comitem semper habet libertinitatem. Vsque adeo autem verum est postliminio ad suos reuersum intelligi eum, qui à nobis manumissus maluit suos sequi, quàm in nostra ciuitate manere, vt nec ij qui ex nostris ab hostibus redeunt, fiant tamen ciues nostri iure postliminij si non habeant animum Romæ remanendi, sed ad hostes reuerti malint. Cuius rei exemplum illustre fuit in Attilio Regulo, quem à Carthaginensibus Romam missum placuit non esse postliminio reuersum, quia iurauerat se Carthaginem reuersurum, nec animum habuerat Romæ remanendi. Parum enim est corpore quem redisse domum si mente alienus est *d. l. nihil interest 26. eod tit.* Sicque accipi debet quod Pomponius subobscuriore contextu verborum scribit in *d. l. 5. §. captiuus.* vbi addit, Eadem ratione factum esse vt in quodam interprete Menandro qui apud nos manumissus postea missus erat ad suos, non fuerit visa necessaria lex quæ de illo facta erat, vt ciuis romanus maneret. Nam siue animus ei fuisset remanendi apud suos, hoc ipso desineret esse ciuis, iuréque patrij postliminij frueretur, siue animus fuisset reuertendi maneret ciuis, Atque ita fieri non poterat vti ne superuacua esset lex in vtrumque euentum.

Plenior est libertas quæ per postliminium restituitur, quàm quæ per manumissionẽ obtingit.

d. l. 5. §. captiuus.

ILLATIO I.

De ijs qui hostibus deduntur.

EX hoc Principio illud primùm fit, vt non tantùm eos qui ab hostibus capiuntur, sed & illos qui hostibus deduntur, si quando ab hostibus redeant postliminij iure reuersos videri placeat *l. eos 4. D. hoc tit. De capt. & postlim.* Vtrisque enim commune illud est vt & in hostium potestate fuerint, & consequenter ab hostibus quoque redierint in ciuitatem. Quamquam in ijs qui hostibus dediti essent difficilius id videbatur, propterea quod non nisi ex præcedente causa delicti alicuius deditio eiusmodi fieri soleret, vt puta si quis legatum hostium contra ius gentium pulsasset, aut qua alia ratione violasset *l. vlt. D. de legation.* vbi refertur Quinti Mucij Scæuolæ sententia existimantis, Eum quem semel populus romanus hostibus dedi iusserit, hoc ipso perinde expulsum videri ex ciuitate acsi aqua & igni ei fuisset interdictum. Vt proinde indignus videatur qui ad postliminij ius & beneficium admittatur, propter irrogatam pœnam ex ratione Papiniani ab Vlp. relata quamuis ab eodem ibi improbata in *l. Papinianus 20. D. de minor.* Sed tamen humanior visa est contraria sententia, siue quòd per deditionis pœnam satisfactum sit iniuriæ contra

L. eos 4. De capt. & postlim.

L. vlt. D de legationib.

L. Papinianus 20. D. de minor.

ius gentiũ irrogatæ, vt nulla hostibus conquerendi supersit occasio, siue quod culpa quæ huic deditioni causam præbet, soleat vt plurimum nasci ex bono quamuis minùs considerato erga rempublicam, malóque vicissim erga hostes animo, qui etsi excusationem non meretur, si ius gentium violatum proponatur, facilius tamen veniam à republica impetrare potest, tum saltem cùm & iuri gentium & hostium querelis fuit satisfactum. Inter captiuos tamen & deditos differẽtia ea esse videtur, quòd captiui quoquomodo in ciuitatem reuersi, siue ab hostibus dimissi fuerint, siue per vim aut per fallaciam eorum potestatem euaserint, postliminij ius habent, Dediti verò non aliter quàm si ab hostibus fuerint dimissi, cùm deditio fiat à populo id agente vt qui deditur non solùm è ciuitate expellatur, sed etiam seruus hostium efficiatur, non quandiu duntaxat in ipsorũ erit potestate vt in captiuo euenit, sed quandiu hostibus placuerit, quorum non tam potestati quàm arbitrio dediti libertas data videtur à populo, qui de cuiusque ciuis libertate non minùs quàm de vita, prout vult disponit. Cessátque hoc casu ratio illa inducendi postliminij, quam supra diximus eam fuisse, vt qui per iniuriam ab extraneis detinebatur, is pristinum ius suum reciperet vbi in fines suos rediisset *d.l. postliminium* 19. *De captiu.* Non enim per iniuriam detinetur, qui ex deditione à populo Romano facta detinetur. Sicut è contrario non potest videri per iniuriam rediisse in ciuitatem is qui hostibus deditus & ab iis receptus postea vltro ab iisdem dimissus est. Cur non ergo saltem hoc casu postliminij ius habebit? Planè si proponas non fuisse illum ab hostibus receptum, dubitari probabilius potest, an gaudere debeat eodem postliminij iure. Et magis est vt non debeat, sed noua lege indigeat per quam fiat ciuis Romanus, vt in persona Hostilij Mancini quem Numantini sibi deditum non acceperant, obseruatum fuisse refertur in *d. l. vltim.* D. *de legation.* Neque enim fieri potest vt postliminio reuersus videatur is qui nunquam in hostium potestate, nec eorum seruus fuit. Neque rursus vt is qui semel è ciuitate expulsus fuit ciuitatem amissam recuperet sine beneficio & priuilegio alicuius restitutionis. Consequens igitur est vt quamuis reuersus ab hostibus à quibus receptus nunquam fuit, non eo magis tamen ciuis fiat quãuis nec sit seruus, quia scilicèt deditio expellit quidem eum è ciuitate, sed non priùs facit seruum hostium quàm ab hostibus fuerit receptus. Erit ergo nec ciuis nec seruus, sed liber & peregrinus. Hicque Modestini sensus est in *dict. l.* 4. D*e captiu. & postlim.* vbi vereor ne mendum subsit in illis verbis, *nec à nobis receptus sit*, potiúsque legendum sit *nec ab eis.* Tractare enim Modestinum de illo, qui hostibus deditus nec ab eis receptus sit, constat euidenter ex eo, quod refert ille inter Brutum, & Scæuolam id variè tractatum fuisse, Bruto existimãte manere hunc ciuem romanum, Scæuola contrà negante, Fuit autem illa quæstio agitata de eo qui ab hostibus receptus non sit, vt apparet ex *d.l.vlt.* D*e legat.* vbi eadem quæstio, eadémque Scæuolę sententia proponitur, non de eo, qui ab hostibus receptus sit, à Romanis verò post reditum suum non receptus. Quem non adipisci ciuitatem mirum non esset, cùm hoc ipso quod à nobis non reciperetur, iterum de ciuitate expelli videretur, nisi poneres ideo à nobis receptum non esse, quia nec ab hostibus receptus fuisset, vel quòd ab iis nõ dimissus, sed profugus esset. Quibus tamen casibus frustra esset dicere à nobis receptum non esse illum, qui etiamsi receptus esset, postliminij tamen ius habere non posset.

In quo differant dediti à captiuis.

d.l.vlt.D. de legation.

l.4.D.de captiu.& postlim. emendata.

ILLATIO II.

De postliminio cuiuscumque sexus & condicionis hominibus dato.

SEcundò ex eodem Principio fit quod scriptum est in *d.l.postliminium* 19.§.*vlt.eod.tit.* postliminium hominibus esse cuiuscumque sexus condicionisve sint, adeò vt nec intersit an liberi sint an serui. Nec enim soli postliminio recipiuntur ij qui pugnare possunt, in quo numero neque mulieres, neque impuberes, neque serui continerentur, sed omnes homines qui ejus naturæ sunt, vt vsui esse, vel consilio, vel aliis modis possint. Siquidem totum ius hoc postliminij non tam priuatorum qui in hostium potestatem peruenerunt, quàm reipublicæ gratia comparatum fuit, nihil aliud curante ciuili legislatore, nisi vt omnia referat ad reipub. dignitatem, & vtilitatem. Serui ergo postliminium habent ex persona & vtilitate dominorum qui desierunt, captos eos habere in potestate *l.si seruus* 16.D.*de interrog.in iur.faciend.*

L. postliminium 19. §. vlt. eod. tit.

L. si seruus 16. De inter. in iur. fac.

ILLATIO III.

De captiuo qui sua voluntate mansit apud hostes.

TErtiò ex eodem Principio fit, vt si captiuus de quo in pace, id est in publicis conuentionibus, quæ per pacem fiunt, vt Vlp. loquitur in *l.* 5. §. 1. *De pact.* cautũ fuerat vt rediret, sua voluntate apud hostes manserit, non sit postea ei postliminium *l si captiuus* 20. *De capt. & postlim.* quia cùm postliminij ius totũ in fictione consistat, fictione autem nulla opus sit quoties veritas locum habere potest, nulla ratio est cur ei per fictionem succurri oporteat, qui prõptius & fauorabilius reipublicæ auxilium aspernatur. Immo verò qui indignũ se reddit hoc ipso quod voluntate sua manendo apud hostes transfugam se facit *l.si quis fortè* 19.*ad fin C.eod.* Transfugas enim postliminium nullum habere constat, cùm quisquis malo consilio & proditoris animo patriam reliquit, is hostium loco habendus sit, si modò liber sit (neque enim serui transfugere possunt nec magis reipublicæ quàm suis dominis furtum sui facere *l.3.§.Nerua filius* 13. *De acquir.poss.l.rem quæ* 15. *in fi.eod.* iunct. *l.*1.C.*de seru fugit l.ancilla* 60.D.*de furt.*) siue masculus sit siue fœmina *d.l.postliminium* 19.§.*transfuga* & §. *filius quoque D.de captiu.& postlim.*

L. si captiuus 20. D. de captiu. & postlim.

L. si quis fortè 19. ad fin. C. eod.

Seruus trãsfugere non potest. Nec transfuga postliminiũ habere.

ILLATIO IV.

De postliminio non tantum personis sed etiam rebus dato.

QVartò ex eodem Principio fit vt non tantùm personis omnibus quæ reipublicæ aliquomodo vsui esse possunt cõpetat postliminiũ, sed & rebus ipsis ad personas pertinẽtibus, quoniam & hoc ad reipublicæ vtilitatem pertinet *d.l.si captiuus* 20.§.1.*eod.tit.* vbi Pomponius scribit expulsis hostibus ex agris quos ceperint, dominia eorum ad priores dominos redire, nec aut publicari aut prædæ loco cedere. Publicatur enim, inquit, ager ille, qui ex hostibus nõ qui ex nostris captus est. Eadem ratio facit vt nauibus longis atque onerarijs propter belli vsum postliminium sit, non etiam piscatorijs aut si quas actuarias voluptatis causa parauerunt *l.2.eod.* vbi additur, Equum item, aut equam freni patientem postliminio recipi, subiuncta ratione illa, quia sine militis & equitis culpa proripere se potuerunt. Non idem, inquit Marcellus, in armis iuris est, quippe cum nec sine flagitio amittantur. Elegans sanè

d.l. si captiuus 20. §.1.

L. 2. eod.

Quæ sine flagitio non amittuntur, postliminio non reuertuntur.

ratio, quæ arma postliminio reuerti negat ideò quòd turpiter amittantur. Vt intelligamus fictionem istam postliminij non nisi ex vtilitate & dignitate rei publicæ fuisse constitutam. Qua ratione multò magis dicendum est vestem postliminio recipi non posse vt ex Pomponio subiungitur in *l. seq.* cùm fieri nullomodo possit vt sine infamia miles suam vestem amittat. Immo & miles qui in bello arma amisit, vel alienauit, capite punitur aut saltem si quando humanius cum eo agatur militiam mutat. *l. 3. §. miles qui in bello D. de re milit.* Addit eo loco Iurec. verba illa *vel alienauit*, quoniam arma alienasse graue crimen est, & ea culpa nonnunquam desertioni comparatur, id est si tota alienauit, Sed & si partem eorum, nisi quod interest, distinguique oportet, quænam arma sint, quæ fuerunt alienata. Nam si tibiale vel humerale alienauerit, castigari verberibus debet, si verò loricam, scutum, galeam, gladium desertori similis est, vt tractat Paulus in *l. qui commeatus 14. §. 1. eod. tit. De re milit.*

L. 3. § miles qui in bello D. de re milit.

L. qui commeatus 14. §. 1. eod. tit.

ILLATIO V.

Differentia postliminij quod in bello datur, & eius quod in pace.

QVintò ex eodem Principio fit vt in bello quidem postliminium sit omnibus, at verò in pace non nisi his, qui in bello capti essent, de quibus tamen nihil in pactis comprehensum esset *d. l. in bello 12. in princip. De captiu. & postlim.* vbi Thryphoninus ex Seruio scribit hoc ideo placuisse, quia spem reuertendi ciuibus in virtute bellica magis quàm in pace romani esse voluerunt. Quæ ratio ostendit non obscurè corruptam esse vulgarem lectionem in illis verbis præcedentibus *de quibus nihil in pactis comprehensum erat* & pro *nihil* legendum *id*, vt subtiliter animaduertit nobilissimus Iurec. Petrus Faber *lib. 1. Semestr. cap. 7.* à Cuiacio quoque probatus *lib. 19. Obser. cap. 7.* Pugnaret enim ratio illa elegans Seruij cum dicto Thryphonini si diceremus ita scripsisse Thryphoninum, vt in pace quoque postliminium esset iis, qui bello capti essent, etiam de quibus nihil in pactis comprehensum fuisset. Quidni enim postliminium isti ex pace non minùs quàm ex bello sperarent? Immo tanto securiùs, quanto facilius est vt bellum pace quàm victoria concludatur. Porrò si & sententia illa Thryphonini & ratio Seruij vera est, consequens fit vt postliminium habere non possit quisquis hostium seruus factus est, aliter tamen ab iis quàm bello captus. Vt puta si quis in pace peruenerit ad exteros subitóque bellum exarserit. Fit enim hic seruus eorum apud quos iã hostes suo facto deprehẽditur, eíque potest imputari cur ad eos profectus sit quos iã hostes sciebat, licèt bellũ nondũ exarsisset. Hostes enim facit non bellum ipsum, sed indictio belli *d. l. hostes 24. eod.* Certum autem est postliminio gaudere numquam debere illum, cui possit factum suum imputari, vt huic potest. Nec video cur Haloand. Budæus, & Hugo à Porta in illis verbis *facto suo deprehenduntur* malint legere *pacto*, quàm *facto* cùm in hac specie non pactum captiui aliquod interuenisse proponatur, sed factum hoc ipso quod ad eos hostes iuerit, quos iam hostes esse sciebat. Ergo quod sequitur *quibus ius postliminij est tam in bello, quàm in pace nisi fœdere cautum fuerat ne esset his ius postliminij*, planè non intelligo quam rationem habeat, aut quomodo conciliari possit cum præcedentibus. Primùm quia contextus ille verborum *verùm in pace qui peruenerunt ad alteros* ostendit satis aliud in his respondere Iurecconsultum, quàm in iis de quibus

d. l. in bello 12. in pri. D. de capt. & postlim. emẽdata.

L. hostes 24. C. de postli.

quibus fuerat locutus priùs. At in aliis dixerat postliminio locum esse. Ergo in his locum non esse putauit, alioqui nulla erit antithesis quam tamen apertè verba præseferunt. Deinde quis credat meliorem esse condicionem illorum quibus facti proprij culpa imputari potest, id est cur ad eos iuerint apud quos iam hostes facto suo deprehenduntur quàm illorum sit qui bello capti sunt, Quos tamen diximus postliminium in pace non habere si de iis nihil in pace fuerit comprehensum, vt ciues romani spem reuertendi magis in virtute bellica quàm in pace collocandam esse sciant. Cur ergo isti habebunt, non solùm in bello (quod quidem esset tolerabilius, quamuis illa semper ratio iis obstet quod sibi factum suum debeant imputare) sed etiam in pace? Aut cur addimus illam exceptionem *nisi fœdere cautum fuerat, ne esset his ius postliminij*, cùm in aliis quibus nihil imputari potest à postliminij beneficio excludendis sufficiat de iis nihil cautum fuisse, nec illud etiam requiratur vt contra eos cautum aliquid fuerit? Fatendum igitur est corruptum esse locum hunc, & ab illis verbis *quibus ius postliminij est* vsque *ad* §.1. omnia esse vel imperiti interpretis quem præcedens Thryphonini sententia siue corrupta siue obscura fefellerit, vel Triboniani more suo omnia deprauantis, & postliminij fictionem ad hunc quoque casum inuita iurisprudentia fauorabiliter extendere volentis. Nec contrarium est, quod in superioribus diximus in pace quoque postliminium datum esse. *d.l.5.in princip.& §.in pace eod.tit.* Id enim ad eos pertinet qui non ab hostibus capti sunt, sed ab iis populis cum quibus non magis bellum, quàm hospitium aut amicitiam aut fœdus aliquod amicitiæ causa factum habeamus, qui denique hostes non sunt, vt Pomponius explicat in *d.§.in pace*. In his enim locum non habet ratio illa Seruij *quòd spem reuertendi ciuibus in virtute bellica magis quàm in pace romani esse voluerint*, cùm non sint capti ab hostibus, nec proinde ab iis, cum quibus bellum geri, & virtute bellica certari possit. Itaque vel necesse esset manere illos perpetuò seruos, vel ea de causa bellum decerni contra eos qui hostes nec sint nec fortassis vnquam fuerint, & contra quos eodem iure populus romanus soleat vti, Nisi placeret summa ratione hoc quoque casu postliminium induci, cùm in iis quoque naturalis illa æquitas locum habeat, quæ postliminij ius vt suprà diximus induxit, quòd per iniuriam ab extraneis detineantur, id est nullo alio iure quàm quòd eandem iniuriam populus romanus cum iisdem populis exerceat *d.l.postliminium 19.in princip.* vbi additur, quod ad hanc quoque illationem pertinet, Eos qui induciarum tempore in hostium potestatem peruenerunt postliminium non habere, quia cùm induciæ nihil aliud sint quàm cùm in breue præsénsque tempus conuenit, ne inuicem se hostes lacessant, (quam *pacem sequestram* Virgilius quodam loco vocat) sicuti non faciunt quin bellum duret, ita nec quin duret spes captiuorum omnium virtute bellica romani exercitus recuperandorum.

d.l.5.in princip. & §. in pace D. de capt. & postlim.

d. l. postliminium 19. in princip.

ILLATIO VI.

De muliere in opus salinarum data deinde à latrunculis capta, & iure commercij vendita ac redempta.

SExtò ex eodem Principio fit, vt si mulier in opus salinarum ob maleficium data sit atque ita serua pœnæ effecta *l.sunt quidam 17.l.in metallum 36.D. de pœn.* deinde à latrunculis exteræ gentis capta & iure commercij vendita ac re-

L. mulier 6. eod. tit. De capt. & post.

dempta est in causam suam recidat postliminij quodam iure *l. mulier 6. eod. tit. De capt. & postlim.* Exteram enim gentem intelligere debemus cum qua neque amicitiam, neque hospitium, neque fœdus amicitiæ causa factũ habeamus vt proximè dicebamus ex *l. 5. §. in pace eod. tit.* ac proinde apud quam quisquis capitur etiam ab illius gentis latrunculis, seruus fit, ob idque postliminii auxilio indiget, vt patriæ restituatur: quamuis extra hanc causam postliminium nõ habeant qui à prædonibus piratis & latrunculis capiuntur *d. l. hostes 24. l. latrones 27. eod.* quia scilicet remanent liberi nec fiunt latronum serui *d. l. postliminium 19. §. à piratis eod. tit.* At quomodo postliminium habere locum potest in persona illius mulieris quæ iam tum cùm capta est, fuerit serua? Non sanè ex ipsius mulieris persona sed fauore & iure reipublicæ, cuius interest vt hæc quoque mulier postliminio recipi intelligatur ad hoc vt in pristinã causam suam recidat, Sicut & illi ipsi qui ante captiuitatem serui in ciuitate fuerunt si ab hostibus redeant postliminium habent ex persona dominorum suorum quibus restituuntur *d. l. latrones l. sicut liberis 10. l. ab hostibus 12. C. eod.* Idémque cuenit si deportatum ab insula hostes ceperint. Is enim redemptus quibus casibus redit in eam causam venit in qua futurus esset si captus nõ fuisset, ac proinde rursum deportatur *d. l. in bello 12. §. si deportatum 15. D. eod.* Differt tamen casus hic ab illo de quo in *dict. l. mulier*, quia ei qui mulierem in opus salinarum damnatam redemit precium ex fisco reddẽdum est, vt eadem lex ait: at non etiam illi qui deportatum redemit. Et ratio diuersitatis euidens est quoniam deportatus non amittit libertatem, sed tantùm ciuitatem vt sæpius diximus, Nec rursus pœna eius fisco aut reipublicæ prodest, at nocet potiùs cùm per eam eximatur caput liberum de ciuitate, nisi hactenus vt exemplo sit cæteris deterrendis. Cur ergo fiscus precium redẽptionis reddere teneatur? At in muliere quæ in opus salinarum damnata fuerat, omnia sunt diuersa, quia & amittit illa libertatem & ex eius pœna commodum fiscus sentit, licèt per pœnam facta fuerit serua non fisci sed pœnæ *d. l. in metallum 36. D. de pœn. l. 3. D. de his quæ pro non script. habent.* Sunt autem ista omnia conueniẽtia ei, quod diximus iam sæpius, fictionem postliminij non nisi ob reipublicæ dignitatem & vtilitatem moribus introductam fuisse. Alioqui postliminium habere nec posset nec deberet mulier, quæ ante captiuitatem serua pœnæ facta esset, si tantùm ciuium non etiam ciuitatis gratia postliminium comparatum esset.

L. hostes 24. l. latrones 27. eod. d. l. postliminium §. à piratis.

L. sicut liberis 10. l. ab hostibus 12. C. eod. d. l. in bello 12. §. si deportatum. 15. D. eod.

L. in metallum 36. D. de pœn. l. 3. D. de his quæ pro non scri. habent.

ILLATIO VII.

De postliminio inter Romanos & fœderatos liberósque populos non admittendo.

L. non dubito 7. D. de capt. & post.

SEptimò ex eodem Principio fit quod Proculus scribit in *l. non dubito 7. eo. tit.* inter nos & fœderatos liberósque populos postliminium non esse, quũ fœderati & liberi populi nobis externi non sint. Sic enim sanè legendũ est retenta negatione quã habet vulgata lectio (licèt in Florentina malè desit & Florentinam malè tueatur Cuiacius *lib. 11. obser. cap. 23.* emendans tamen *nec* pro *non.*) Item reposito *quum* pro *quin* vt recta sit constructio infinitiui illius sequentis *esse*. Voluit enim Proculus rationem insinuare propter quam hoc casu postliminio locus esse non debeat. Siquidem si fœderati quoque populi nobis externi essent, postliminium quoque inter nos & eos inducendum esset, vt inter cæteros, inter quos superiore illatione diximus postliminium esse in pace

ex *l. 5.*

ex *l.5. in princip.& §. in pace eod.tit.* At cùm non sint externi(quo nomine signi ficamus medium genus hominum,qui populi romani neque hostes neque amici sunt)nulla prorsus ratio subest postliminij inter nos, & eos inducendi. Etenim vt Proculus subiicit,quid inter nos & eos postliminio est opus, cùm & illi apud nos & libertatem suam,& dominium rerum suarum æquè atque apud se retineant,& eadem nobis apud eos contingant?Postliminium enim omne supponit præcedentem amissionem vel ciuitatis vel dominij, vel vtriusque,Cùm nihil aliud sit quàm fictio quæ induci per ius ciuile nũquã solet, nisi quatenus necesse est,necessitas porro nulla subest quoties nihil amissum fuit. Tractat antẽ Proculus de populis fœderatis & liberis,quia fieri non posset vt apud eos populos qui ipsi serui essent,nos aut libertatẽ nostrã aut rerũ nostrarũ dominiũ retineremus,Nisi poneres seruos illos esse eius gẽtis,quæ non tãtũ libera esset,verũ etiã nobis amica& fœderata.Liberum verò populũ definit Proculus eum,qui nullius alterius populi potestati subiectus est, siue is fœderatus est,siue itẽ æquo fœdere in amicitiã venit,siue fœdere cõprehensum est vt is populus alterius populi maiestatẽ comiter conseruaret: Hoc enim adiicitur vt intelligatur alterũ populũ superiorẽ esse,non vt dicatur alterum liberum nõ esse.Et quemadmodum clientes nostros intelligimus liberos esse,quamuis neque autoritate,neque dignitate,neque viribus nobis pares sint(ita enim legendum esse bene iampridem Haloander obseruauit)sic eos qui nostram maiestatem comiter obseruare debent, liberos esse intelligendum est.Comiter siquidem obseruare nihil aliud est quàm obseruationem non indignam populo libero exhibere superiori,vt bene ibi explicat Gothofr.cõtra Haloãdrũ qui duobus illis locis pro *comiter* reposuit *cõmuniter* nullo prorsus sensu. Adiicit Proculus,apud nos fieri etiam ex ciuitatibus fœderatis reos,& in eos damnatos à nobis animaduerti,vt intelligamus tantam inter nos & fœderatos nostros coniunctionem esse vt postliminio inuicem nullo egeamus.

Populi fœderati,& liberi.

ILLATIO VIII.

De vxore à marito iure postliminij recipienda.

Octauò ex hoc eodem Principio pendet ratio dubitandi ad *l. non vt à patre 8.eod.tit.* in qua Paulus scribit non vt à patre filium,ita& vxorem à marito iure postliminij recipi,sed tunc cùm & voluerit mulier, & adhuc alij post constitutũ tẽpus nupta non est,quod & à Põponio traditũ est in *l.cùm duæ 14. §.1.eo.* Videbatur enim non aliud iuris in vxore quã in liberis cõstituendũ esse propter generalitatẽ vt ita dicam fictionis,postliminij quæ facit vt retro in ciuitate fuisse credatur quisquis ab hostibus rediit.*l.retro 16.eo.*Sed diuersitatis inter liberos & vxorem ratio illa est,quod recuperatio liberorum patriæque in eos potestatis tota est iuris nullomodo facti,nec enim pendet ex liberorũ volũtate,quinimò nõ nisi patre volẽte dissolui potest,nisi vel mors vel captiuitas vel quid aliud simile eam dissoluerit. At ius matrimonij totum pendet ex cõiugum voluntate magis quàm ex iuris potestate,nec minùs posteaquàm contractum fuit,quàm eo tempore,quo contrahitur, inspecto scilicet iure illo antiquo,quod diuortiorum libertatem permittebat. Itaque cùm inter inuitos neque contrahatur matrimonium neque retineatur *l.si patre 22.D.de rit.nupt. l.1.D.de diuort.* vtique quod semel per captiuitatem dissolutum fuit, quamuis ab hostibus redierit is qui quõdam maritus fuit,non tamen nisi ex nouo consensu & omnibus adhuc integris cæteris, redintegrari potest, quia facto ea in re opus est, non tantùm iure , ad ea verò quæ facti sunt non potest fictio

L. non vt à patre 8.eod. tit.

l.cùm duæ 14.§.1.eod.

L.si patre 22.D.de rit. nupt.l.1. D. de diuort.

d.l.in bello 12.§ facti & §.sed captiui De capt. & postl.

postliminij pertingere.*d.l.in bello 12.§.facti De captiu.& postlim. l. denique 19. D.ex quib.caus.maior.*sicut & pendente captiuitate mariti, non potest videri vxor esse in matrimonio,tametsi maximè velit & in domo mariti sit *dict. l. in bello 12.§.sed captiui*,quia scilicet implicaret contradictionem, vt voluntatem aliquam habere crederetur captiuus qui pro mortuo haberetur, cùm mortui voluntas nulla sit,nec rursus matrimonium sine voluntate. Illud valde probo quod Cuiacius obseruauit ad *Nouell.22.De nupt.* ea verba *post constitutum tempus*,quæ apud Paulum hodie leguntur à Triboniano addita esse respiciente ad eam Iustiniani constitutionem:Ante quam ita proculdubio ius erat vt dissoluto per mariti captiuitatem matrimonio vxor mariti reditum expectare non cogeretur,nec alij statim nubere prohiberetur, Nec valde dissimile est quod nos ab eodem Triboniano quamuis in alia quæstione factum obseruauimus ad *Princip.4.De nupt.illat.5.*Quid ergo si cum marito ab hostibus reuerso noluerit vxor redintegrare matrimonium? Non cogetur. Sed si nullam probabilem causam habeat recusandi quominus redintegretur,pœnis discidij tenebitur, quia vltro discedere ab eo videtur , cùm per eam solam stet ne maritum eundem habeat quem priùs habuerat.Idque disertè Paulus docet in *d.l.non vt à patre*,in qua proinde non dubito quin legendū sit *noluerit* pro *voluerit* in illis verbis *quòd si voluerit*,vt apertissimum est.

ILLATIO IX.

De postliminij potestate ad ea,quæ facti sunt non extendenda.

d.l.in bello 12.§.facti.

NOnò ex eodem Principio sumenda etiam est ratio dubitandi ad id quod Tryphoninus scribit in *d.l.in bello 12.§.facti eod.tit.*facti causam nulla cōstitutione infectam fieri posse.Nam cùm postliminij fictio faciat vt numquam videatur captus fuisse qui ab hostibus tandem reuersus est, videbatur efficere debere vt in omnibus siue iuris siue facti essent locum habere deberet. Sed nō ita est:quia cùm iuris fictio sit id est inducta iuris potestate, vt & cæteræ omnes fictiones, fieri nequit vt ad ea quæ facti sunt pertingat , quemadmodum proximè dicebamus ex *d.l.denique 19. D. ex quib. caus. maior.* vbi ob hanc ipsam rationem Papinianus scribit si emptor prius quàm per vsum sibi acquireret ab hostibus captus sit interruptam possessionem scilicet longi temporis, quæ pro vsucapione est postliminio non restitui,quia hæc,inquit,id est longi temporis possessio vt & vsucapio sine possessione non consistit, *l.sine possessione 25.D.de vsucap.*possessio autem quamuis plurimum ex iure mutuetur, vt idem Papin.loquitur in *l.possessio 49.in princip.De acquir.possess.* tamen plurimùm facti habet,causa verò facti postliminio non continetur, sed causa tantū iuris cùm postliminij effectus in eo totus sit vt iura, quæ captiuus in ciuitate habuit priusquam caperetur,salua ei & integra conseruentur, interimque suspendantur veriùs quàm abrumpantur *d.l.illa institutio 32.§.1.D. de hered.instit.* Idipsum verò est quod Thryphoninus tractat in *d.§.facti*, Eorum quæ vsucapiebat per seipsum possidens is qui postea captus est(*captus* enim lego non vt vulgo *nactus*)interrumpi vsucapionem,quia,inquit,certum est eum per captiuitatē possidere desiisse,cùm fieri nō potuerit vt possideret is qui ab alio possidebatur *l.cùm heredes 23.§.1.D.de acquir.poss.*vbi ex hoc infert Iauolenus captiuo ab hostibus reuerso noua possessione opus esse,etiāsi nemo alius medio

l.denique 19.D.ex quib caus. maior.

l.illa institutio32.§ 1.D. de hered.instit.

d.§.facti.l. in bello emēdatus.

l.cum heredes 23.§.1. D.de acqu. poss.

tempore

tempore res eius possederit. Adiecit verò Thryphoninus verba illa *per semetipsum possidens*, quoniā dubitatū fuit inter Iureconsultos an eadē ratio esse deberet eorū quæ per subiectas personas ante captiuitatē possidebātur vsúq; capiebātur, & quę post captiuitatē quoq; peculiari nomine, siue per filiosfamilias siue per seruos cōprehenderentur. Iulianus putabat credi suo tēpore impleri vsucapionē, remanētibus iisdē personis in possessione. Quasi hoc casu possessio quatenus facti esset, retineretur etiā durāte captiuitate per subiectas personas, quę corporaliter & facto ipso possidere nūquā desiissent, Quatenus verò iuris, per fictionē postliminij, quę faceret, vt eas personas quæ semper reuera possedissent, semper quoq; captiuus in potestate habuisse crederetur. Marcellus cōtrà, nihil interesse an quis possedisset ipse, ac subiecta ei persona. Cùm vtroque casu nō filius, aut seruus qui in possessione corporali est possidere intelligatur, sed pater vel dominus per filiū, aut per seruū iure patriæ, aut dominicæ potestatis *l.1.§.itē acquirimus l.quicquid* 4. D. *de acq. poss.* Qui nāque in aliena potestate sunt tenere quidē res præsertim peculiares possunt, sed habere possidere nō possunt, quia possessio nō tātùm corporis, sed & iuris est, inquit Pap. in *d.l. possessio* 49.§.1.*eod.* Proinde non potest impediri amissio possessionis quæ per filiū, aut seruū retinebatur, ex eo solū quod captiui filius, vel seruus in ciuitate, ac possessione remāserit. Rursus amissa semel possessio per solā postliminij fictionē restitui nō potest, quia nō tātū iuris est, sed etiā facti & corporis, quāuis nulla possessio sit quæ plus ex iure mutuetur, quàm quę per filiū, aut seruū, vel acquiritur, vel retinetur *d.l. possessio in pr.* quādoquidē, vt diximꝰ solo iure patrię potestatis fit, vt quicquid filius peculiari nomine adprehēderit, statim id pater eiꝰ possideat quāuis ignoret in sua potestate filiū esse, adeóq; quod amplius est, etiāsi filius ab alio tāquā seruus possideatur *d.l. quicquid.* Iuliani tamē sentētia licet minùs subtilis ex summa iuris ratione, Marcelli sentētię pręualuit, sequēdáque est si Thryphonino credimus vtilitatis nimirū causa, vt postliminij fictio quę fauorabilissima est, quàm latissimè fieri possit accipiatur. Aliū sensum habet, quod Vlp. scribit in *l. verū est* 31. *De reg. iur.* neque pacta, neq; stipulationes tollere factū posse. Id enim eò pertinet quemadmodū eadē lex explicat, vt nec pacto, nec stipulatione id quod impossibile est cōprehendi possit, vt efficere possit vtilē actionem, aut in factū (sic enim legendū arbitror nō *aut factū* vt Florētiæ, vel *pactū*, vt vulgo) quāuis actiones quę in factum dicuntur, omniū facillimè nascantur & ex verbis quibuslibet cōuentionis, tum etiā cùm neque directa, neque vtilis actio iure ciuili ex negotio nasci potest. Sunt enim actionū omnium etiā vtiliū subsidiariæ actiones in factum, vt ad *ti. De act.* aliquādo si Deus volet, scribemus. Etsi autē eadem ratio est quę nō patitur tolli factum, postliminij fictione, aut pacto, aut stipulatione, quia scilicet factum dicitur id quod naturaliter & reuera est, vel fuit, minùs tamen mirū est non posse tolli pacto, aut stipulatione quàm postliminij fictione, cùm in aliis plerisq; multò plꝰ possit iuris potestas quàm hominis factū. Nec enim priuatorū cautiones legū autoritate censeri possunt, inquit Papi. in *l. vlt. D. de suis & legit.* Sanè ad supradictā iuris regulam illud spectat quod Iureconsultos quosdā existimasse Vlpianus refert in *l. si ita quis* 31. *De euict.* Istas stipulationes quæ in seruorū emptionibus adhibebātur *sanum esse, furem non esse, vespellionem non esse* inutiles esse, propterea quòd si in hac causa seruus esset, impossibile esset, quod promitteretur, Si non esset, frustra id caueretur. Sed hanc sententiam rectè Vlp. reprehen-

l.1.§. itē acquirimus l. quicquid 4. eod.

L. possessio 49.§.1. eod.

L. verū est 31. de regul. iur.

Actiones in factum sunt subsidiaria.

L. vlt. D. de suis & legit.

L. si ita quis 31. D. de euict.

dit,ex eo quod huiusmodi stipulationibus contineatur id quod interest horũ quid esse,vel non esse. Quòd si cui horum fuerit adiectum *præstari* multò magis valere stipulationem, Alioquin stipulatio,inquit, quæ ab Ædilibus quoque proponitur inutilis erit, quod vtique nemo sanus probabit *l.cùm mihi 46.& pass. D de ædilit.edict.*

L.cùm mihi 46.D. de ædilit.edict.

ILLATIO X.

De codicillis in captiuitate factis ab eo qui in ciuitate fecerat testamentum.

DEcimò ex eodem Principio fieri videtur quod ex eodem Thryphonino scriptum legimus in *d.l.in bello 12.§.codicilli*, Codicillos in tempore captiuitatis factos ab eo,qui in ciuitate fecerat testamentum,licèt subtili iure nõ valeãt,nec credãtur testamẽto confirmati,tanquã facti ab eo qui testamẽti factionẽ non habuerit,reuerso tamẽ ab hostibus captiuo,tãdémq;in ciuitate defuncto valere,& humanitatis rationi cõgruũ esse,vt postliminij iure defẽdãtur perindéque effectũ habeãt acsi medio tempore nulla captiuitas intercessisset: quia,inquit lex,merũ principiũ eorum in ciuitate constituto captiuo factũ est, id est in testamẽto confirmatio codicillorũ, & is postea reuersus est & postliminio ius suum recepit.Sed tamẽ si verum amamus,nõ potest hoc casu postliminij fictio locũ habere, iũgendúsque est meo iudicio hic locus cęteris quos Tribonianus prætextu ęquitatis pro arbitrio deprauauit.Codicillos enim quẽ fecisse,aut testatũ fuisse nõ iuris,sed facti est,cùm in eo necesse sit factũ hominis interuenire,& consequenter certo tẽpore,id est ita vt codicillos vno die factos nũquã dici possit alio die factos fuisse,ne quidẽ per fictionẽ,quia necesse esset alios codicillos haberi,qui alio tẽpore facti fingerentur,vt disputauimus ad Princip.præcedens illat.10.vbi hanc ob causam diximus postliminio cõfirmari non posse testamẽtũ quod quis apud hostes fecerit ex *l.eius qui 8.D. qui test.facer.pos.*Nam cùm postliminium deleat omnino memoriã captiuitatis,& iungat instãs reditus cũ instãti captiuitatis,pati non potest,vt quę in captiuitate à captiuo facta sunt pro vnquã factis habeantur, Tantum abest ,vt pati possit haberi ea pro factis in ciuitate.Quòd si testamentũ apud hostes factum postliminio nõ confirmatur,vt certissimi iuris est,cur obsecro fauorabilius,aut potẽtius erit ius codicillorũ? Dices fortasse cum Triboniano,quia merũ principiũ eorũ in ciuitate factũ est,id est confirmatio, quę facta fuit condito in ciuitate testamẽto.Sed falsa & inepta ratio est.Etsi enim facto testamento, si qui codicilli,siue ante,siue post testamẽtũ facti sint,necesse est vt testamenti ius sequãtur,tanquã eo cõfirmati,nõ ob id tamen principiũ vllũ codicillis datum intelligitur,priusquàm ad codicillos scribendos,dictandósve accedatur,sed in futurum cõfirmati codicilli eo casu intelliguntur,vt Paulus loquitur in *l.conficiuntur 8.in prin.D.de iur. codicill.* Nẽpe sub tacita illa cõdicione,si quos codicillos ab eodẽ testatore fieri continget.Quicquid enim cõfertur in futurũ tempus,nec certũ est omnimodo futurũ esse,cõdicionis vim vt habeat necesse est *l.Stichum qui meus erit 6.de leg.1.l.nuper 85.de legat.3.l.itaque 39.D.de reb.credit.*Igitur vt de codicillorũ confirmatione tractari possit,necesse est codicillos aliquos factos esse.Atqui nõ possunt dici vnquam facti qui in captiuitate facti sunt,quia siue ab hostibus aliquãdo redeat captiuus,siue nõ,aboletur prorsus captiuitatis memoria,aut per legẽ Corneliã,aut per postliminij fictionẽ.Mortuus enim apud hostes primo instãti captiuitatis decessisse retrofingitur,Qui verò ab hostibus reuersus est,nũquã apud eos fuisse.Ergo nec testamẽto cõfirmati videri possunt.Idque apertissimè Marcianus scribit in *l.quadã 7.De iur. codicill.* vbi ait quæ-

d.l. in bello §. codicilli D.de captiu. & postlim.

L.eius qui 8. D.qui testa. facer poss.

L.conficiuntur 8. in pri. D.de iur.codic.

L. quadam 7.eod.

ait quędã nõ referri ad confirmationẽ codicillorũ, Veluti, inquit, si ante captiuitatẽ codicillos quis confirmauerit, & postea in captiuitate codicillos fecerit. Nã nõ valent. Quod quid aliud est quàm ad hũc casum nõ pertinere legis Corneliæ fictionẽ? Cur verò non pertineret, si codicilli ob id solùm, quòd testamẽto cõfirmati essẽt haberẽtur pro factis tẽpore testamẽti? An nõ ex lege Cornelia cõfirmatur testamẽtũ ante captiuitatẽ factũ? Aut an dicemus fortasse minoris potestatis esse legis Corneliæ quàm postliminij fictionẽ? Imo maioris potiùs esse deberet, quia minùs abhorret ab eo quod reuera est. Siquidẽ quisquis ab hostibus captus fuit, hoc ipso verè seruus hostiũ est, ob idque desinit esse ciuis, & cõsequenter exinde mortuus esse fingitur, adeóque reuera mortuus est ciuitati in qua desiit habere caput. Itaque nõ inducit fictio legis Corneliæ, vt qui vixit mortuus esse intelligatur, aut cõtrà, sed tãtùm vt mortuus reuera seruus fingatur mortuus liber, & quod idẽ est, vt mortuus apud hostes fingatur mortuus in ciuitate. At fictio postliminij facit, vt qui reuera seruus fuit semper intelligatur fuisse ciuis, & qui toto eo tẽpore quo fuit apud hostes, pro mortuo habitus habendúsque fuit, non solùm semper vixisse, sed etiã perpetuò in ciuitate mansisse existimetur, quod alienũ est non modò à veritate, sed ab ea quoque iuris fictione quæ seruũ pro mortuo habet quandiu seruus manet. Denique per fictionẽ postliminij mortuus quodãmodo ressuscitatur, quod non fit per fictionẽ legis Corneliæ, & quod tamen multò difficilius est. At neque omnẽ captiuitatis memoriã abolet fictio Corneliana, cùm id agat maximè, vt instans mortis iungat instanti captiuitatis, retento proinde instãti illo & memoria captiuitatis pro vno ex fictionis extremis, quod in postliminij fictione non similiter euenit quę non alia de causa meminit captiuitatis, quàm vt is qui captus reuera fuit, nũquã captus fuisse intelligatur. Porrò nemo non videt longè difficilius esse, vt facti alicuius memoria in totum, quàm vt ex parte tãtùm deleatur: Illud etiã pro nobis contra Tribonianũ facit, quod generaliter Marcianus scribit in *d. l. quædã*, Nõ solùm si captiuitate, sed etsi quo alio modo ius testamẽti faciẽdi desierit habere is qui codicillos facit, licèt habuerit tẽpore testamẽti ritè facti, nõ posse codicillos istos testamẽto cõfirmari. Quò etiã pertinet quod scriptũ est in *l. 1. §. hi quibus & seq. De lega. 3.* Vnũ est quod Tribonianũ fefellisse videtur, Nẽpe quod dici solet codicillorũ singulare ius esse, vt quęcũque in his scribũtur, perinde habeãtur acsi in testamẽto scripta essent *l. 2. §. 1. eod. tit. De iur. codic.* Sed animaduertere debuit, ita demũ id verè dici si codicilli eo tẽpore facti sint quo fieri potuerũt, semper enim supponẽdi sũt termini habiles *l. 1. §. vl. D. ad SC. Terty.* At neq; perpetuã esse illã regulã iuris: In illis enim quę nõ iuris, sed facti sunt, nõ est perinde habẽdum quod codicillis scribitur, atq; si vbi cõfirmatio codicillorũ facta est scriptũ fuisset: vt disertè scribit Marcianus in *d. l. quædã §. 1.* ponẽs exẽplũ, Si in codicillis ita scriptũ erit *Vestẽ quæ mea est.* Codicillorũ enim tẽpus spectãdũ esse nõ cõfirmationis. Itẽ si cõdicio illa adiecta sit *si Titius viuus est*, vel si sub illa *si tot annis est* codicillis Seio legauerit, tẽpus codicillorũ nõ quo tẽpore testamẽtũ fit, spectandũ esse. Quia scilicet in his omnibus exemplis verba sic concepta sunt, vt præsens tẽpus designẽt, id est illud præcisè quod fuit tempore codicillorum: An verò eo tẽpore fuerit hoc vel illud non iuris, sed facti est. At quid obsecro magis facti esse potest, quàm quod hoc non illo die codicilli facti esse dicantur, si codicillorum faciendorum ius quod testamenti tempore competiit, codicillorum tempore per captiuitatem amissum proponatur? Sanè & eam iuris regulam quæ habet, Om-

L. 1. §. hi quibus & seq. de legat. 3.
L. 2. §. De iur. codicill.
d. l. quædã 7. §. 1. eod.

nia quæcumque in codicillis testamento confirmatis scripta sunt, perinde habenda esse acsi in testamento scripta essent, non satis bene à Triboniano perceptam fuisse constat ex iis quæ scripsimus *lib.* 15. *Coniectur. cap.* 16. de sententia & emendatione *d. l.* 2. §. 1. *eod tit. De iur. codicill.* Concludamus igitur contra Tribonianum non minùs pro Thryphonino quàm pro ipsa iuris ratione ad codicillos in captiuitate factos, etiamsi iusto & anteriore testamẽto in ciuitate facti fuissent, postliminij fictionem nullomodo pertinere posse, neque humanitatis alicuius ratione tantam vim legibus fieri oportere. Atque ita Thryphoninum scripsisse ostendit manifestè quod in §. *seq.* subiicitur in hæc verba *Cætera quæ in iure sunt postea quàm postliminio rediit, pro eo habentur acsi nũquã iste hostium potitus fuisset.* Quid enim aliud est dicere, in cæteris quæ iuris sunt postliminio locum esse, quàm hoc ipsum quod modò diximus, Eo casu quo facti fuerint codicilli in captiuitate, quia id facti non iuris est, postliminio locum nullum esse? Taceo ineptitudinem quę Tribonianum apertiùs prodit eorũ verborum *in ciuitate constituto captiuo*, pro eo quod dicere voluit & debuit *in ciuitate constituto tunc eo, qui nunc captiuus est.* Item illorum, *sed quia merum principium eorum in ciuitate factum est*, *id est in testamento confirmatio codicillorum.* Denique omnium quæ in eodem §. sequuntur, quę nihil minùs quàm Thryphonini elegantiam sapiunt, quo vix elegantior & subtilior alius, si Papinianum excipias, Iurisconsultus fuit.

d. l. in bello 12. §. cætera De captiu. & postlim.

ILLATIO XI.

De seruo alieno ab hostibus capto, postea redempto, cuius precium dominus reddidit.

VNdecimò ex eodem Principio fit, vt si quis seruum alienum captum ab hostibus redemerit, siue sciens, siue ignorans alienum fuisse, deinde pristinus dominus precium huic reddiderit, postliminio seruus rediisse receptúsque esse intelligatur *d. l. in bello* 12. §. *si quis seruum* 7. *eod. tit.* Ideò autẽ ponimus redditũ fuisse preciũ, quia cõstitutio de redẽptis lata cuius ibidẽ Thryphoninus meminit, seruum alienũ ab alio redemptum facit seruum redimẽtis, quamuis scientis seruum alienum fuisse ante captiuitatem. Non enim scientia hæc potest inducere malam fidem, cùm redemptionis tempore hic qui antea seruus ciuis romani fuit, seruus hostiũ reperiatur & cõsequenter amissus domino suo. Publicéque interfuit ita ius constitui, vt per redemptionem acquireretur redimenti etiam scienti fuisse alienum, vt inuitarentur ditiores ad redimendos captiuos, qui alioquin perpetuo fortassis in hostium potestate remansuri erant. Adeò, vt liberos quoque homines ab hostibus redemptos placuerit vinculo quodã pignoris redimenti obligatos esse, & pignoris quidẽ naturalis, quousq; restituerit preciũ pro se datũ *l.* 2. *& pass. C. eod.* Et ob eã nimirũ causam videbatur postliminij fictio ad hunc casum non pertinere quasi impedimẽtũ illud redẽptionis intercedẽtis obstaret ne captiuitatis memoriã delere postliminiũ posset. Siquidẽ is qui ab hostibus reuersus ideo est, quia cõmercio redemptus fuit, quomodo fieri queat, vt in ciuitate sẽper fuisse credatur, neq; tamen priùs recipiat ius suum quàm ab ipso, vel ab alio ipsius nomine fuerit redemptori satisfactum? Nec enim aut de ipsius redẽptione, aut de precio redẽptionis restituẽdo tractari vllomodo posset, si qui redemptus fuit, semper in ciuitate mãsisset. Sed tamen cõtrà placuit, redemptos quoque postliminij iure ac priuilegio gau-

d. l. in bello §. si quis seruum 7.

l. 2. C. eod.

gaudere, verùm cum hoc temperamento, quod contradictionem omnẽ tollit, vt eo demũ tempore postliminij ius habere incipiat, quo ius siue dominij, siue pignoris quod in eo redemptor habuit penitus extinctum fuit *l. liber captus* 17. *eod. tit. C.* Quandiu enim ius redemptoris durat, non posset induci fictio postliminij, siue in fauorem ipsius redẽpti qui ante captiuitatem liber fuisset, siue in fauorem domini, cuius seruus ab hostibus redemptus esset, quin fieret iniuria redemptori, qui neque liberum hominem pignoris loco retinere posset, neq; alienum seruum in dominio suo & potestate habere, prȩsertim quem alienum sciuisset. Redẽptori autẽ qui ciuis quoque romanus sit, iniuriã aliquã fieri etiã propter ciuem romanum, ciuilis legislator pati nec potest, nec debet. At è cõtrario nulla redempto iniuria fit, tametsi habeatur pro nondũ reuerso ab hostibus quandiu redemptori satisfactum non est, quippe qui si redemptus non fuisset apud hostes etiamnum esset *l. si captiuus* 20. *§. vlt. eod. tit.* vbi Pompon. scribit redẽptionem præbere facultatem redeundi, non postliminij ius mutare. Quo loco nescio cur quidam *reluendi* malint legere, quàm *redeundi*. Facultatem enim reluendi si tamen hoc verbum vsurpandum est quo vix vnquam vsi sunt Iureconsulti, non redemptio præstat, sed constitutio quȩ de redemptis lata fuit. Inde quærit eleganter Thryphoninus, si quis pignorans captiuum redemerit, cum id ageret, vt emeret seruum quem putabat esse venditoris (tractamus enim de captiuo qui ante captiuitatem, & in ciuitate seruus fuerit non liber homo) an post constituti temporis possessionem quasi vsucepisse illum videatur, scilicet ne priori domino iam supersit facultas aliqua precij offerendi. Nam dubitandi ratio illa occurrit, quod constitutio quæ de redemptis lata est seruum hunc redimentis facit, id est vt in hoc seruo non tantùm ius pignoris habeat redemptor, vt haberet in eo qui ante captiuitatem liber fuisset, sed etiã ius dominij, quoniam ita constituto iure, neque seruo iniuria fit, qui omni casu seruus permanet, aut pristini domini, aut redẽptoris, vt in *l. postliminium* 19. *§. si verò seruus eod. tit.* neque domino in cuius potestate est pristinũ dominij sui ius recuperare precium restituendo quod redemptor dedit. Porrò quod meũ iam est non possum intelligi vsucapere, quia vsucapio nihil aliud est quàm adeptio, aut vt alij legunt & melius fortasse, adiectio dominij ad possessionẽ *l. 3. D. de vsuca.* Id autẽ quod iã meũ est magis meũ fieri nõ potest *l. non vt ex pluribus* 159. *De reg. iur. l. & an eadẽ* 14. *§. actiones* De except. rei iudic. *l. 3. §. ex plurimis D. de acq. poss. §. si res aliena* 6. *Inst. de legat. §. sic itaque discretis* 14. *Inst. de action.* Scilicet si meum iam sit iure Quiritium & ciuili. Nam qui non nisi bonitarium dominium habet, id est qui habet rem aliquam in bonis suis, potest ille vsucapiendo acquirere sibi præterea quiritiarium, Quȩ sentẽtia & ratio est non ab omnibus intellecta *l. 5. l. si finita* 15. *§. Iulianus scribit* 16. *D de dam. infect.* iunct. *l. 2. §. vlt.* D. *si ex noxal. caus. agat. l. 1. D. de fund. dotal.* At in proposita specie dominium quod in seruo redempto acquisitum est redemptori quiritiariũ est & ciuile. quia est ex iuris ciuilis constitutione in eam rem lata. Non ergo fieri potest vt seruus hic redemptus vsucapiatur à domino suo eodémque redemptore. Quo admisso illud etiam consequẽs videtur, vt quantumcunque lõgo tempore illum redemptor possederit, nihilominùs saluum sit pristino domino ius offerẽdi precij & restituendi. Sed tamen in contrarium pro redemptore facit, quod constitutio illa ciuilis De redemptis, non in eam rẽ lata est, vt deteriorem faciat condicionem redimentis, sed vt meliorem si quo modo

L. liber captus 17. eod.

L. *si captiuus* 20. *§. vlt. D. eod.*

L. *postliminium* 19. *§. si verò seruus eod.*

l. 3. D. de vsucap.

L. 5. l. si finita 15. *§. Iulianus scribit D e dam. inf. l. 2. vlt. D si ex noxal. caus. agnat. l. 1. D. de fund. dotal.*

possit.Itaque contra mentem constitutionis fuerit,& iniquum quoque si dicamus per hanc constitutionem perimi ius bonæ fidei emptoris vetustissimum id est à primis illis duodecim tabularum legibus introductum,vt vsucapiendo rem alienam quam bona fide comparauerit,dominium ipsius quiritiariũ sibi acquirere possit. Vetustum enim & antiquum ius dicere Iureconsulti solent, quod descendit,vel ex verbis ipsis legis 12. tab. cuiusmodi est ius vsucapionis, vel ex prudentum ad eam interpretatione , vt querela inofficiosi testamenti, quam ideo ius antiquum vocat Vlp. in *l.1.§.vlt. D.si à parent.quis manum.sit* ad differentiã bonorũ possessionis contra tabulas,quæ iuris noui est,cùm sit prætorij:Concludit ergo Thryphoninus,transacto tanto tempore quanto vsucapi potuisset hic seruus redemptus,nisi eum constitutio redimentis fecisset , nihil in eo iuris ex constitutione domino superesse , id est ne quidem ius offerendi, vt hoc saltem commodi ex vsucapione accedat bonæ fidei emptori,quod constitutio ei non daret:Nam & similiter dicimus,quod multò magis mirum est, Eum qui ab hostibus redemptus est etiamsi ante captiuitatem suam liber homo fuerit , legari sibi posse,& proficere legatum ad liberationem vinculi pignoris quod in illo habuit is,qui redemit *l.Senatus 43.§.vlt. De legat.*1. quamuis liber homo nemini possit legari,multominùs sibi ipsi.Sufficit enim ad efficiendum vtile legatum , vt aliquod ius in re legata habuerit is qui legauit *l.si dominus 71.§.si fundus municipum eod.tit.*

L.1.§.vl.D. si à parent. quis manu. sit.

L. Senatus 43.§.vl. De legat.1.

ILLATIO XII.

De statulibero ab hostibus capto,tùm redempto pendente condicione.

DVodecimò ex eodem Principio fit,vt si statuliber fuerit antequàm ab hostibus caperetur,posteà redemptus pendente condicione causam suã retineat,id est perinde statuliber maneat,atque antea & sub eadem condicione *d.l.in bello §.si statuliber 10. De captiu.& postlim.* Idque adeò verum est,vt si statuliber etiam transfuga ab hostibus reuersus sit,& posteaquàm reuersus est cõdicio libertatis extiterit,liber efficiatur *l.postliminium 19.§.si statuliber eod.* Id enim facit postliminij potestas,quæ seruum ab hostibus reuersum,siue cõmercio redemptum,siue non redemptum domino reddit,Ex cuius scilicet persona seruus habet postliminium quod ex sua non haberet,vt suprà diximus. Nec enim delictum serui transfugæ domino debet nocere cui nihil potest imputari. Vbi autem postliminium semel habere locum cœpit in hoc seruo propter domini personam & fauorem,illud quoque admitti necesse est , vt in eadem causa seruus sit in qua erat antequàm transfugisset,id est statuliberi iure censeatur.Sicut enim delictum serui domino nocere non debet , ita neque prodesse: quia nec ipsi seruo nocere potest quod transfugerit cùm nec transfugisse dici possit quandiu seruus manet , quippe qui neque in ciuitate vnquam fuisse videatur in qua nullum habuit vnquam caput.Ob eámque causam rectè Paulus monet in *d.l.19.§.si statuliber*, Diuersum esse si condicio libertatis extiterit,dum apud hostes hic statuliber fuit.In eo námque casu,inquit, neque sibi reuerti potest,vt liber sit, quia transfugarum pœna vna illa est inter cæteras,vt postliminium habere non debeant,ne ad tantum reipublicæ beneficiũ admittantur,qui rempublicam tam grauiter offenderunt , neque heredi in hoc seruo ius

d.l. in bello 12. §. si statuliber De capt. & postlim. l. postliminiũ 19. §.si statuliber eod.

d.§.si statuliber l.19.

ius postliminij esse potest, quia nō potest ille cōqueri factam sibi aliquam iniuriam ita cōstituto iure, cùm nullum dānum patiatur amissione serui, qui alioquin etiam suo iure libertatem habiturus erat, si non illud impediret libertatē quod transfuga ille factus fuit, in qua ratiocinatione supponendum illud est, quod iam diximus domino statuliberi transfugæ hactenus duntaxat prospiciēdum esse, vt ex delicto serui non afficiatur damno, at non etiam vt sentiat lucrum quomodo sentiret si statuliberum trāsfugam ab hostibus reuersum post impletam captiuitatis tempore condicionem in dominio suo retineret, quem ei libertas obtingens abstulisset, si ad hostes numquam transfugisset. Notanda verò est perelegans inter seruum & filiumfamilias differentia quam subinde Paulus scribit in §. *filius quoque*, vbi ait filiumfamilias transfugam postliminio reuerti numquam posse, ne quidem viuo patre, id est non magis ex persona patris, quàm ex sua propria postliminium vllo casu habere, quod aliquando statuliber habet ex persona domini sui, nimirum si vt diximus redierit ab hostibus antequàm existeret cōdicio libertatis. Rationē verò Paulus reddit duplicē, Et quia pater sic eū amisit queādmodum patria, & quia disciplina castrorū antiquior & charior fuit parentibus romanis, quàm charitas ipsa liberorum. Dices, At cur non eodem modo admittimus seruum transfugā amissum fuisse domino suo, quemadmodum filius amittitur patri? Nempe quia non potest amitti seruus qui iure ciuili pro nullo habetur quandiu seruus manet *l. quod attinet* 32. *De regul. iur.* cùm nullum habeat caput in ciuitate, neque aut iure ciuili aut prætorio, aut extra ordinem computetur *l. nullomodo 7. D. ad leg. Cornel. de fals.* Itaque cùm respublica seruum hunc transfugam non amittat, nec domino eum amitti æquum est, & hac parte, quod mirum videri possit melioris condicionis seruus est, quàm filiusfamilias, quia ei prodest quod pro nullo habeatur, Idipsum verò nocet filiofamilias qui cùm habeat in ciuitate caput, verúsq; sit ciuis amitti proculdubio potest & patriæ & patri. Transfuga enim ille est, qui siue in bello, siue per induciarum tempus transfugit à patria sua ad hostes, aut etiam ad eos cum quibus nulla amicitia est, fide priùs ab iis suscepta, vt definit Paulus in *§. transfuga ead. leg.* Ideóque dicimus trāsfugam recipi iure belli, id est tanquam hostem *l. transfugam* 51. *D. de acquir. rer. domin.* ad differētiam scilicet cæterorum, qui postliminij non belli iure recipiuntur. Sic enim locum illum intelligere malo, vt pertineat ad *tit. De acquir. rer. domin.* quàm quomodo Cuiacius *lib. 4. obser. cap. 9.* de illo qui ab hostibus ad nos transfugerit tempore belli. Quamuis illud quoque verum sit & extra omnem dubitationem, Posse nos eum recipere qui ab hostibus transfugit nō violato iure belli. Dicat aliquis, Quid necesse est tractare de postliminio transfugæ, cùm non fiat seruus hostium à quibus suscepit fidem? Respondeo non fieri quidem eum seruum hostium, sed tamen desinere ciuem esse patique mediam capitis diminutionem *l. amissione 5. §. 1. D. de capi. minut. l. si quis tutor* 15. D. *de tutel.* ideóque potuisse vtilem ei esse fictionem postliminij ad restituendam illi ciuitatem, si ad tale beneficium admissus fuisset. At rectissimè placuit nullum iis omnino beneficium tribui, quibus postliminium quoque negatum fuit, quemadmodū loquitur Callistratus in *l. item ei 14. D. ex quib. caus. maior.* vt intelligamus nullum beneficium esse fauorabilius, aut quod faciliùs indulgeatur, quàm hoc de quo agimus, postliminij. Eleganter autem Thryphoninus in *d. l. 12. §. si statuliber*, quærit, si statuliber hic qui ab hostibus captus fuit & postea commercio

§. filius quoque d. l. postliminium.

Differentia inter filiumfamilias & seruum trāsfugam, eiúsque ratio.

L. nullomodo 7. D. ad leg. Cornel. de fals.

d. l. postliminium §. trasfuga.

l. transfugā 51. D. de ac. rer. domin.

L. amissione 5. §. 1. de cap. minut. l. si quis tutor 15. D. de tutel. L. itē ei 14. D. ex quib. caus. maior. d. l. in bello 12. §. si statuliber De capt. & postlim.

redemptus, libertatem acceperat sub ea condicione si decem heredi daret, Vnde dare debeat? Dubitationem facit quod quamuis statulibero concessum sit ex peculio dare implendam huiusmodi condicionem, iniquū tamen esset huic statulibero permitti dare ex eo peculio quod habet apud suum redemptorem, cùm peculium illud sit eius vice quod apud hostes quæsiisset si redemptus nō fuisset. Atqui ex eo peculio quod habuisset apud hostes, non potuisset soluere, non magis quàm consequi libertatem inuitis hostibus in quorum dominio ac potestate esset. Cur ergo ex eo peculio quod apud redemptorem habeat soluere illi cōcedatur? Sed tamē distinguēdū esse Thryphoninus ait, & adhibendū hoc temperamentum, vt de peculio quidem quod hic statuliber, vel ex operis suis, vel ex redemptoris sui re adquisierit dare non possit, ne fiat iniuria redēptori, sed si ex qua alia causa peculium aliquod habeat, de eo possit dare, ita vt dando credatur paruisse condicioni, benignè tamē magis quàm ex iuris ratione. Illa enim semper ratio facit pro redēptore quod quicquid statuliber hic apud eum habet ex quacumque causa vicem tenet eius peculij quod apud hostes quæsiturus fuerat, si non fuisset redemptus.

ILLATIO XIII.

De seruo ante captiuitatem pignori dato postea capto tum redempto.

DEcimotertiò ex eodem Principio fit, quod idem Thryphoninus scribit in *d.l. in bello 12. §. si pignori eod. tit.* Si pignori datus fuerat ante captiuitatem seruus qui ab hostibus rediit commercio redemptus post dimissum redemptorem, id est post restitutam ei à creditore pecuniam quam pro redemptione dederat, seruum in veterem obligationem reuerti. Nec aliud est si debitor ipse idémque dominus dimiserit redemptorē: Nisi quod inter hos casus ea differētia est quod cùm creditor redēptori satisfecit, habet obligationē pignoris non solùm in priorem debiti causam (sic enim legendū puto, non vt vulgo *propriorem*, aut vt Haloander *propiorem*) verùm etiam in eam summam quam dedit, vt redemptum seruum liberaret, quasi ea obligatione inducta quadam, aut si mauis eadem illa de qua suprà diximus constitutione, quamuis verba constitutionis quæ pignoris ius dat redemptori, non videātur ad eam personam posse pertinere quæ iam habeat rē obligatam, quia res quæ iam semel obligata ritè fuit non potest amplius obligari nec ei ipsi cui iam obligata est, nec alij. Nam & similiter euenit, cùm posterior creditor priori satisfacit confirmandi pignoris sui causa, vt non tantùm pro ea summa pro qua pignus acceperat, sed pro illa etiam quam priori creditori dedit, habeat ius & obligationē pignoris *l. quærebatur 20. D. qui potior. in pign. hab. l. 1. C. eod.* Quamquam inter hos casus differentia etiam illa est, quòd cùm agimus de creditore qui seruum ab hostibus redemptum sibíque ante captiuitatem obligatū liberauit, conuersa res est, id est è cōuerso accidit, vt qui reuera prior tempore creditor fuit pro posteriore habeatur, & vicissim posterior pro priore, quia qui redemit licèt posterior factus sit creditor, tamen perinde acsi prior esset dimittendus est ab eo, qui reuera prior fuit, quia effecit vt hic seruus apud nos hodie sit, qui alioquin esset apud hostes, sicut euenit, quoties posterioris creditoris pecunia saluam fecit pignoris causam *l. interdum 5. & seq. D. eod. tit. qui potior. in pign. hab.*

d.l. in bello §. si pignori.

l. quærebatur 20. D. qui potior in pign. hab. l. 1. D. eod.

Non

Non autem hoc tantùm casu res obligata in pristinam pignoris causam ex postfacto reuertitur, sed generaliter quoties ipsa res in pristinam dominij causam redit *l. voluntate* 10. *§. creditor D. quib. mod. pign. vel hypoth. soluu.* vbi exemplum ponitur, si creditor pignus distraxerit & à venditione recessum postea fuerit, vel homo venditus redhibitus sit. Hoc enim casu, inquit Paulus, dominium ad debitorem reuertitur qui habebat illud ante venditionem, non ad creditorem, qui licèt dominium transtulerit, numquam tamen illud habuit. Idémque est in omnibus quibus alienam rem vendere concessum est, Non enim ob id solùm quòd dominium ipsi transferant, statim consequens est, vt resoluta venditione illi ipsi eiusdem dominij ius recipiant (eius siquidem est dominium recipere & recuperare non qui transtulit, sed qui ante factam translationem illud habuit) Quid ergo? In pristinam causam ius dominij redit fauore debitoris, Ergo & ius dominij fauore creditoris: vt & in priore illa specie quam eadem in lege Paulus tractat, Si voluntate creditoris pignus debitor vendiderit, & postea placuerit inter debitorem & venditorem vt ab emptione discederetur. Placet enim ius pignoris quod per alienationem consentiente creditore factam remissum extinctúmque fuerat, saluum esse creditori, & sicut debitori qui vendiderat ita & creditori qui venditioni consenserat, pristinum ius restitui, illi quidem ius dominij, huic verò ius pignoris. Neque enim omnimodo pignus remittere intelligitur creditor, qui consentit pignoris venditioni, sed ita demum si emptor rem retineat, nec eam reddat venditori. Et ideò si iudicio quoque empti accepto agente emptore ex causa emptionis contra venditorem eundémque debitorem, venditor absolutus sit, siue aliquo iure, siue per iniuriam aut imperitiam iudicis (nihil enim refert dummodo sententia transierit in rem iudicatam propter rerum iudicatarum autoritatem) aut si vẽditor condemnatus quidem sit sed ad id tantùm quod emptoris interfuit ob non traditam rem venditam, (solet enim ex hac causa fieri talis condemnatio *l. 1. D. de action. empt.*) dicendum est saluum fore pignus creditori. Hæc namque perinde accidere potuissent, id est vt vel absolueretur venditor, idémque debitor, vel ad id tantùm quod emptoris interesset, non etiam ad rem præcisè tradendam condemnaretur, tametsi non ex voluntate creditoris, sed eo vel inscio vel inuito vendidisset.

l. voluntate 10. §. creditor D. quib. mod pign. vel hypoth. soluu.

d. l. voluntate in princ.

ILLATIO XIV.

De plurium seruo capto ab hostibus & redempto cuius precium omnium nomine restitutum sit.

DEcimoquartò ex eodem Principio fit vt si plurium seruus fuerat is qui ab hostibus captus, deinde redemptus est, & omnium nomine restitutũ sit ab aliquo precium ei qui redemit, in communionem redeat, iure nimirum postliminij. Nam in communione esset si in ciuitate semper mansisset: & quemadmodum postliminij fictio fortior est captiuitate ad communionem restituendam, ita non potest impediri per redemptionem posteaquàm omniũ sociorum nomine sublatum fuit ius redemptoris, extinctúmque pignus quod habebat in eo seruo, facta precii restitutione. *d. l. in bello 12. §. si plurium 13. D. de capt. & postlim.* Dixi *si omnium nomine precium restitutum sit redemptori*, quia si vnius tantùm vel quorundam nec omnium nomine ea restitutio facta sit, non

d. l. in bello 12. §. si plurium 13. De capt. & post.

ad omnes seruus hic postliminij iure pertinebit, sed ad eum duntaxat eósve qui soluerint, quandiu scilicet cæteri quoque partes suas non soluerint, & quousque soluerint. Interim igitur ij qui soluerunt & in portione sua pristinum ius obtinebunt nimirum dominij quod in eo seruo ante captiuitatem habuerunt, & in partibus cæterorum ei qui redemit succedent, ita vt quemadmodum ille sic ipsi seruum hunc pro iis partibus retineant non tam dominij quàm pignoris iure, vt supradicto loco subiicit Thryphoninus.

ILLATIO XV.

De seruo captiuo & redempto cui fideicommissaria libertas debebatur.

d.l.in bello §.si fideicommissaria.

DEcimoquintò ex eodem Principio fit, vt si fideicommissa libertas captiuo debita fuerit, eam petere redemptus possit postquàm satisfecerit redẽptori, quia ex eo tempore ius postliminij habet quamuis nondum sit liber, propter natam sibique iustè competentem spem libertatis, quæ in multis casibus tantum potest quantum libertas ipsa eundémque fauorem meretur *l. mulier 22.§.non est dubitatum D.ad SC.Trebell.l.statuliber* 14.D. *de quæst.* Sanè antequàm redemptori satisfactum sit, non potest videri huic seruo restitutum postliminio ius petendæ fideicommissariæ libertatis, quia nec si liber esset, postliminio tamen prius gaudere posset, quàm redemptori suo satisfecisset. Quæ sententia & ratio est *§.si fideicommissa* 14.*d.l.in bello* 12.*De capt.& postlim.*

L.mulier 22.§.non est dubitatum ad SC.Tre. l.statuliber 14.D de quæst.

ILLATIO XVI.

De deportato capto, redempto, & in ciuitatem reuerso.

DEcimosextò ex eodem Principio fit vt si in insulam deportatum hostes ab insula ceperint, isque postea redemptus sit, & in ciuitatem redierit in eam causam veniat in qua futurus esset si captus non fuisset *d. l. in bello* 12. *§.si deportatum* 15.*eod.tit.* Ergo deportabitur iterum, vt ibi Thryphon. scribit, nec idcirco tamen precium reddetur ei qui redemit, vt diximus *illat.6.sup.eod.* Redemptio enim hoc casu non solùm non mutat ius postliminij, sed nec illud suspendit, vt aliàs solet suspendere, quia nemo est à quo precium redemptori restitui æquum sit. Nam deportatus cur restituat qui rursum deportatur? Cur verò fiscus qui nullum ex hac deportationis pœna lucrum sentit, sed potiùs damnum?

d.l.in bello §.si deportatum.

ILLATIO XVII.

De seruo capto & redempto, cuius libertas antea poterat impediri.

DEcimoseptimò ex eodem Principio fit, quod subiungit Tryphon. in *§.sed si in captiuo* 16.*d.l.in bello*, Si in captiuo seruo talis præcesserat causa quæ eius libertatem vel ad tempus vel in perpetuũ impediret non mutari causam illam per redemptionem ab hostibus factam, id est non melioris condicionis fieri captiuum quàm si vel numquam captus fuisset, vel citra redemptionem ab hostibus rediisset, quia nec plus iuris tribuere postliminiũ potest quã habuerit ante captiuitatem is, qui captus est, neque redemptio ius postliminij mutat, id est vel auget vel minuit, sed tantùm suspendit vt proximè diximus, quousque preciũ pro redẽptione datũ, fuerit redẽptori restitutũ *l.si captiuus* 20. *§.vlt.*

l.si captiuus 20.§.vlt.eo. tit. De capt. & postlim.

§.vlt.eo.tit. Pone igitur in legem Fauiam de plagiariis commisisse hunc seruũ priusquàm ab hostibus caperetur, vel ita venditũ fuisse & ea lege ne vnquã ma numitteretur. Non faciet redemptio vt ab hostibus reuersus eo magis perduci possit ad libertatem. Interim ergo eum habebit ille qui redemit, sed sub pœna sua: sic enim legendum puto in *d.§.sed si in captiuo*, non vt vulgo *sine pœna sua*. Si namque haberet eum redemptor sine pœna sua, manumittere illũ posset, quod vtique dici non potest quin pugnet cum eo, quod dicimus captiui huius causam & condicionem ex redemptione non immutari, item cum eo quod statim subiungit Tryphoninus in hæc verba *Ergo de metallo captus redemptus in pœnam suam reuertetur*, quemadmodum proxima illatione diximus de deportato, esse illum rursus pœnæ suæ reddendum, & deportandum, nisi quod illo casu nullum precium redemptor recipit, neque à redempto, neque à fisco. Cùm verò ille redemptus est qui in metallum damnatus fuerat preciũ à fisco restituendũ est redẽptori, vt Tryphoninus scribit, ex rescripto quodam Imperatorum Antonini & Seueri, cuius verba extare videntur in *l. mulier 6. eod. tit.* vt coniicio ex eo quod in legis fine ita scriptum est *Cocceio autem Firmo centurioni preciũ ex fisco reddendũ est*, quæ Iureconsulti verba esse nemo dixerit, sed Imperatorũ potiùs rescribentium ad eam facti speciem, in qua mulier in opus salinarum ob maleficium data, deinde à latrunculis exteræ gentis capta & iure commercij vendita, postremò à Cocceio Firmo centurione etiam redempta proponebatur: Quamuis in *d.l.mulier*, nulla rescripti mentio fiat. Igitur priusquã redẽpti huius captiui de quo nũc agimus, & qui in metallũ dãnatus fuerat preciũ redẽptori ex fisco redditum sit, retinebit eũ redẽptor sed sub pœna sua, id est sub ea cõdicione vt statim atque preciũ redẽptionis restitutũ erit, in pristinã metalli pœnã redẽptus reuertatur, nec tamẽ vt metalli transfuga grauiùs coerceatur id est pœna mortis, quæ sola grauior est pœna metalli & quã solã incurrere potest is qui transfugit à metallo, quẽ propter nouũ hoc delictũ grauiùs coercendũ esse ait Vlp. in *l. aut dammũ 8. §. inter eos 6. D. de pœn.* Nec enim à metallo ad hostes transfugisse dici potest qui ab hostibus in ipso metalli opere captus fuit. Cur verò preciũ dãnati in metallũ redẽptori reddendũ sit potiùs quàm preciũ deportati ratio euidens illa est quã suprà reddidimus *illat.6.* quia damnatus in metallum seruus est pœnæ non etiam deportatus, & deportati pœna meram criminis vindictam continet, nec aliquam vtilitatem adfert reipublicæ, quomodo adfert pœna illius, qui in metallum damnatus fuit.

l. mulier 6. eod. tit.

L. aut dam num 8. §. inter eos 6. D. de pœn.

ILLATIO XVIII.

De partu redempto cum matre.

DEcimooctauò ex eodem Principio fit vt si legatum tibi fuerit quod ex Pamphila natum erit, egóque Pãphilã redemero ab hostibus apud quos ipsa pepererat, cũ in captiuitatis instãti iã cõcepisset, redemero autẽ cũ matre partũ vno eodẽque precio, possis tu facere vt partus postliminio rediisse videatur, offerẽdo mihi tantũ quantũ ex precio, quod pro vtroque vnũ datũ est, æstimationẽ partus cõtingeret *d.l.in bello 12.§.si natũ eod.tit. De capt. & postl.* vbi addit Tryphoninus idẽ multò magis dicẽdũ esse, id est vt partus postliminio reuersus esse intelligatur si diuersi emptores vtriusque extiterint, & tu preciũ partus restitueris ei qui partũ redemit. Cur verò multò magis hoc casu? Quia cũ

d.l.in bello 12.§.si natũ De capt. & postlim.

ſunt diuerſi redemptores vtriuſque, id eſt cùm alius matrem redemit, alius partum, facilius eſt expedire quia & quantum pro partus redemptione præſtitum ſit, & conſequenter quid & quantum te redemptori reſtituere oporteat, Cum ſi ab vno & eodem redempti ambo eſſent, & vno precio difficilius eſſet diſcernere quantum pro partu datum videri deberet, totúmque id officio & arbitrio iudicis æſtimandum relinqueretur, vt in priore ſpecie eiuſdem *§. ſi natum, & l. ſi quod ex Pamphila 73 de leg. 2.* Sanè quod poſt illa verba *multò magis ſi diuerſi emptores vtriuſque extiterint*, ſequitur apud Tryphoninum *vel vnus* ego cuiuſmodi ſit intelligere non poſſum. Nam ſi ponas diuerſos fuiſſe emptores non vtriuſque id eſt matris & partus, ſed vnius tantùm puta partus (tractamus enim caſum illum quo partus poſtliminio reuerſus eſſe dici poſſit) nõ ideo clarius erit aut obſcurius, quantum pro partu redempto datum fuerit, nec rurſus quid cui ſit reddendum, vt redemptus partus poſtliminio reuerſus eſſe intelligatur. Singulis enim tantum reddendum erit, quantum ſinguli dederint, Etſi vix eſt vt partus ſolus id eſt ſine matre à pluribus ſimul redimatur. Si verò ponas matrem ſolam ſine partu ſuo redemptam fuiſſe, nihil iam erit quod de partu tractari poſſit, qui apud hoſtes editus, apud eos adhuc remanſerit. Atque ita recedetur à quæſtione propoſita quæ non de matre fuit ſed de partu. Ponit enim Tryphoninus fuiſſe tibi legatum quod ex Pamphila naſceretur, non Pamphilam ipſam, nec tractat de redemptione Pamphilæ, niſi vt locum faciat queſtioni de partu an ob perſonam tuam poſtliminium habere poſſit. Quid enim tua intereſſet redemptam fuiſſe Pamphilam ſi partus apud hoſtes editus non fuiſſet redemptus? Igitur vt dicam quod ſentio locus meo iudicio corruptus eſt, & ita reſtituendus, vt vnico cõtextu ſic legamus *Multò magis ſi diuerſi emptores vtriuſque extiterint, vel vnus, ſed ſi ſuo quemque precio redemerit, id offerri pro ſingulis redemptori oportebit, quod hoſti pro quoque datum eſt, vt ſeparatim quoque poſtliminio reuerti poſſint.* Senſus enim eſt, Cùm poſtliminio reuerſus intelligatur partus, tùm etiam cùm ab aliquo redemptus eſt ſimul cum matre, vnico confuſóque precio, ſi modò tu legatarius tantum pro eo offeras quantum ex precio quod vnum pro vtroque datum eſt, partus æſtimationem contingere poſſe videatur, Multò magis idem admittendum eſſe ſi vel diuerſi redemptores fuerint vnus matris, alius partus, vel vnus quidem tantùm, ſed qui tamen ſuo quemque precio redemerit, puta matrem viginti aureis, partũ verò quindecim. Hoc enim caſu oblatis pro partu quindecim aureis, nulla poteſt dubitandi ratio ſubeſſe, quin partus hic poſtliminio reuerſus dici debeat, nec calumniæ locus relinquitur quaſi non ſit oblatum omne id quod offerri debuit ad poſtliminium partui acquirendum, quomodo contingere facilè poteſt cùm precium pro matre partúque datum vnicum officio tantùm & arbitrio iudicis diuiditur, ſi fortè arbitrium illud vel iniquum, vel minus ritè redditum eſſe dicatur. Poteſt autem huic officio & arbitrio iudicis locus eſſe in partu æſtimando, non ſolùm eo caſu quo de poſtliminij iure ob legatarij perſonã tractari oporteat, ſiue apud hoſtes partus editus ſit ſiue apud redemptorem poſt reuerſam ab hoſtibus matrem, dummodo ante captiuitatem conceptus fuerit (alioqui non magis ex legatarij perſona quàm ex ſua propria poſtliminium habere poſſet, vt indicant illa Tryphonini verba *quòd eo tempore quo capiebatur, vtero gerebat* iunct. *l. 1. verſ. quamquam C. eod.*) ſed etiam ſi eadem ſpecie retenta de legato tibi eo quod ex Pamphila naſceretur, ponamus te Pamphilam

l. ſi quod ex Pamphila 73. de leg. 2.

Tryphoninus emendatus.

l. 1. verſicul. quanquam C. de poſtli.

philam emisse,eámque apud te enixam esse. Cùm enim summa ratione placuerit non ex causa lucratiua factum esse partum tuum, sed ex causa onerosa emptionis,illud etiam consequens est vt non eo magis sublata sit actio ex testamento quasi duabus causis lucratiuis in eandem personam,eandémq; rẽ cõcurrentibus,sed perinde possis partũ petere actione ex testamento, tanquam illum emisses, Vt scilicet precij contributione facta consequaris tantum quantum iudex in causa legati datus æstimauerit pro partus precio computandum esse detracta matris æstimatione vt Papinianus respondit in *l.si quod ex Pamphila* 73.*De legat.* 2. ad quod etiam respicit Thryphoninus in *d.* §.*si natum in princip.*vbi ait,si quod ex Pamphila natum esset legatum tibi fuerit,túque matrem redemeris,& ea apud te pepererit nõ videri te partum habere ex causa lucratiua,Nimirum vt inferat superesse tibi actionem ex testamento, non quidẽ ad partum,qui quoquomodo factus tuus nec magis tuus fieri potest, nec tibi amplius deberi,sed ad petendum id quod tibi abest, Id est vt officio arbitrióque iudicis æstimetur,constituto partus precio ex comparatione vniuersi precij quod pro redimenda prægnante matre datum est, perinde atque si quanti mater empta est,simul & partus venisset.Eatenus enim tibi abesse intelligitur partus nomine,quamuis fortasse pluris sit mater sola quàm quanti vterque æstimatus sit,quia si quid in ea re lucri sentis ex negotiatione tua est non ex re ipsa,ideóque non potest id aufferre tibi actionem ex testamento *l. huiusmodi* 84.§.*qui seruum de legat.*1. *l.huiusmodi 84.§.qui seruum de legat.1.*

ILLATIO IX.

De seruo capto & ab hostibus manumisso postea in domini potestatem reuerso.

DEcimononò ex eodem Principio fit,quod idẽ noster Tryphoninus scribit in *d.l.in bello §.manumittendo eod.tit. De captiu.& postlim.*Si seruus alicuius ciuis romani ab hostibus captus sit,& deinde apud eos manumissus,cúmque postea verus & pristinus ipsius dominus intra pręsidia nostra nactus fuerit quamuis non secutum res nostras,sed dum eo consilio venisset vt ad hostes reuerteretur,posse hunc seruum postliminij iure retineri:quia neque in hostium iure & potestate cõstituto seruo manumissio potuit obesse ciui nostro eidémque domino,neque cuiquam libera facultas est de alieni dominij iure disponẽdi,quamuis de sua ciuitate statuere cuique libero homini liceat prout velit, vt ex Sabino ibidem Tryph.eleganter tractat,Ostendens magnam hac in re inter seruos& liberos homines differentiam esse.Liberos enim non aliter postliminio reuerti quàm si hoc animo ad suos venerint, vt eorum res sequerẽtur, illósque relinquerent à quibus abiissent,vt suprà diximus in huius Principij explicatione ad finem ex *l.*5.§.*vlt.eod.*Seruos verò etiamsi non habeant animum apud nos remanendi,non eo minùs tamen postliminij iure à dominis retineri posse,quia liber homo cùm de ciuitate sua pro arbitrio disponit,& pro Roma Carthaginem eligit sibi tantùm iniuriam facit,quod sanè cuique pręsertim libero homini liberũ est,At seruus meus cùm ad nos rediit si ob id quod animum habuisset ad hostes remeandi postliminij ius meum mihi eriperet,non tam de suo quàm de meo iure disponere videretur,quod esset absurdum & iniquum,Nec enim debet in cuiusquam potestate esse vt meam condicionem inuiti vel ignorantis faciat deteriorem *l.soluendo* 39.*De negot. gest.* multò minùs verò in ipsius serui potestate esse debet vt se dominio meo subtrahat.Nam &

d. l. in bello §. manumittendo De capt.& postlim.

Quantum intersit an homo liber postliminio reuertatur, an seruus.

ob eam causam placuit seruum meum intelligi à me possideri non solùm quatenus sub custodia mea est, id est quatenus naturalem eius possessionem si velim nancisci possim, sed etiam si custodiam meam euaserit, cùm tamen in cæteris rebus omnibus mobilibus aliud sit *l.3.§.Nerua filius D.de acquir. poss.* Ne scilicet in serui mei potestate & arbitrio sit, an & quando eam possideam, necne. Sed exigit à nobis Tryphonini elegantia, vt totam illius §. quæstionem fusiùs explicemus. Tractat ille de seruo alieno ab hostibus capto, quem alius redemerit & post redemptionem tanto tempore possederit quanto fuerat eum vsucapturus, nisi ex constitutione iam ipsius factus fuisset, De quo diximus *ill. 11.sup.* vbi disputauimus an post elapsum tempus illud supersit pristino domino ius offerendi, quod superesset ex ea ipsa constitutione quæ dominum facit redimentem. Quam quæstionem idem Tryphon. proponit in *§.si quis seruum prox. præced.* concluditque non debere deteriorem esse condicionem redemptoris post elapsa vsucapionis tempora, quàm si dominus ex constitutione factus non fuisset. Subinde igitur quærit ille, si redemptor seruum hunc suum factum manumittat, scilicet post elapsum tempus illud quod ad eum vsucapiendum sufficere potuisset (alioqui certum esset, non posse per manumissionem eripi domino pristino suum ius offerendi) an liberum eum faciat, an verò hoc tantùm assequatur, vt desinat esse dominus, relictúsque ab eo seruus in prioris domini ius redeat. Dubitationem illud facit, quòd si seruus hic apud hostes à quibus captus fuerat manumissus fuisset, posteáque ad nos rediisset, non eo minus postliminij iure à pristino domino retineri posset. Atqui non videtur plus iuris habere is qui eum ab hostibus redemit, quàm hostes ipsi habituri erant si redemptus non fuisset, cùm nec alia ratione constitutio quæ de captiuis redemptis lata est, hunc faciat seruum redimentis, quàm quod nihil videatur interesse prioris domini, qui æquè seruum habere desierat per captiuitatem, nec hodie haberet si redemptus non esset. Ergo non magis debet priori domino nocere manumissio à redemptore facta quàm si ab hostibus facta fuisset, nec proinde postliminij ius ei aufferre. At in contrarium pro manumissione facit, quod secundum hanc sententiam, quæ priori domino tantopere fauet, eueniet vt præstatio libertatis degeneret in dominij translationem, id est vt qui cogitauit de præstanda libertate, non eam prestitisse sed dominium quod in eo seruo habebat in alium transtulisse reperiatur. Quod tamen nõ solùm à fauore libertatis alienum esse videtur, sed etiã à voluntate manumittentis qui cũ semel dominus verè & absolutè factus fuerit, nec illius dominij sui amittendi animum habuerit vnquam, nisi adfectione præstandæ libertatis, nulla ratio est, cur & dominij, & propositi sui fructu priuari debeat, in fauorem eius de quo bene mereri non cogitauit. Et ita tandem Tryphoninus concludit. Ad superiorem verò dubitandi rationem respondet non esse bonam cõparationem manumissionis quæ apud hostes, & eius quæ in ciuitate à redemptore sit facta. Illam enim ciui nostro eidémque domino obesse non potuisse, quia quicquid ab hostibus & apud hostes fit per iniuriam factum esse existimetur. At is seruus de quo tractamus, inquit, lege nostra quam cõstitutio fecit, ciuem romanũ dominũ habuit, Quisquis autem & ciuis romanus & dominus est, libertatem seruo suo dare pro arbitrio iure romano potest, nisi si qua lege vel constitutione prohibeatur ex iis causis de quibus diximus ad *tit. Quib. ex caus. manum. non licet.* Ac sanè aliter posito iure, quid obsecro si prior dominus precium huius serui numquam offerre

L.3 §. Nerua filius D. de acq. poss.

offerre vellet? Neque enim vt inuitus offerat cogi potest, nec aliqua in eam rē ad conueniendum illum actio prodita est. An dicendum erit & ferendum vt inuito redemptore eodémque vero domino semper iste seruus maneat, Adeò vt nec vllo merito suo assequi vnquam possit vt libertatem à domino suo consequatur? Atqui hoc iniquum certè fuerit, & contra institutū à maioribus libertatis fauorem, qui tam multa euicit contra strictam iuris rationem, illud verò inter cætera vt non solùm libertas dari possit ab eo qui dare velit, sed etiam vt si quando fortè minùs ritè & vtiliter data sit, benigna tamen interpretatione defendatur *l. generaliter 24. §. si quis seruo D. de fideic. libert. l. quidam 25. §. si quis filium D. ad SC. Trebell. §. vlt. Inst. de donat.* Addit aliam rationem Tryphoninus pro tuenda in proposito casu libertate, quòd etiam veteri iure si ab hoc qui alienum seruum esse sciens redemisset, alius bona fide postea eundē emisset, vsucapere, & ad libertatem eum perducere potuisset, atque isto quoque modo prior dominus, qui ante captiuitatem fuerat ius suum amisisset. Quare igitur etiam iste de quo nunc agimus non habebit ius manumittendi? Illo nimirum supposito, quod in §. præcedenti Tryphon. probauit absurdum & iniquū fore, adeóque contra mentem constitutionis si deterioris condicionis redemptor hic constituatur, ob id solùm quod constitutio eum serui redempti dominum fecerit, quàm si dominus factus non fuisset. Atque ita totam hanc quæstionem explicandam esse arbitror, & consequenter emendandam esse vulgarem lectionem in illis verbis *liber erit seruus* ac pro *liber* legendum *semper*, vt præmonuimus ad *tit. De iur. person. in fin.*

Fauor libertatis.

Tryphoninus emendatus.

ILLATIO XX.

De filio qui post mortem patris redempti & ante luitionem defuncti precium reddiderit.

VIcesimò ex eodem Principio fit quod eleganter Vlp. tractat in *l. si patre 15. hoc eod. tit: De captiu. & postlim.* Si patre redempto & ante luitionem defuncto filius post mortem eius, quātitatē redemptionis offerat, posse illum patri suum heredē existere, nisi fortè, inquit, subtiliùs quis dicat hunc dū moritur, quasi iure pignoris finito nactum esse postliminium & sine obligatione debiti obiisse, vt ita potuerit suum heredem habere. Quod magis esse ait Vlpianus. Quam verò rationem hoc habeat quia subobscurior est, docuimus iam ad *fin. tit. De iur. person.* ideóque hìc non repetemus.

L. si patre 15. D. de capt. & postlim.

ILLATIO XXI.

De postliminio ijs denegando qui armis victi hostibus se dederunt.

VIcesimoprimò ex eodem Principio fit, vt postliminio careant qui armis victi hostibus se dederunt *l. postliminio 17. eod. tit. De captiu. & postlim.* Cùm enim postliminij fictio non nisi ob vtilitatem & dignitatem reipublicæ inducta sit vt sæpius diximus, ab eo beneficio arceri oportuit illos qui armis victi hostibus turpiter se dedissent, quo nomine etiā puniendi essent ex ratione militaris disciplinæ, non minùs quā qui prior in acie fugā fecisset, quē spectātibus militibus propter exemplum capite puniendum esse scriptum est in *l. omne delictum 6. §. qui in acie* D. *de re milit.* secundū eā interpunctionē quā restituendā

L. postliminio eod. tit.

l. omne delictum 6. §. qui in acie D. de re milit.

esse docuit clariss. Iurisc. Petrus Faber *lib.1. Semestr. cap.*18. Quamquam non dubito quin agendum sit mitiùs cum his qui se hostibus dederunt. Sed tamen negari non potest, quin si arma turpiter amittantur, multò turpius faciant, qui & arma & seipsos amittunt. Ob idque sicuti dicimus & arma & vestes postliminio non reuerti quia turpiter amittuntur, *l.2. in fin. & l. seq. De captiu. & postlim.* ita nec postliminium habere illi debent, qui non arma tantùm sed seipsos quoque turpiter amiserunt. Iis enim duntaxat qui bello capti sunt postliminium datum est, in quo numero contineri non possunt, qui priusquàm caperentur hostibus se dederunt ne capi possent. Adeo autem verum est solis iis qui capti sunt postliminium competere, vt is etiam qui captus est si cũ potuisset ab hostibus redire non redierit, postliminium habere non possit, quia ex eo tempore non pro captiuo sed pro transfuga habetur *l. non omnes* 5. *§. qui captus D. de re milit.* iunct. *l. si captiuus* 20. *in princip. De capt. & postlim.*

L. 2. in fin. & l. seq. D. De capt. & post.

L. nõ omnes 5. §. qui captus D. de re milit. l. si captiuus 20. in pr. De capt. & postlim.

ILLATIO XXII.

De ingenua redempta ad suscipiendos liberos & post susceptos manumissa.

L. si quis ingenuam 21. eod.

VIcesimosecundò ex eodem Principio fit quod Vlpianus tractat in *l. si quis ingenua 21. eod. tit.* si quis ab hostibus redemptam ingenuam eo animo secum habuerit, vt ex ea susciperet liberos, & postea ex se natum cum matre manumiserit sub titulo filii naturalis, ignorãtiam patris eiusdémque mariti neque statui eorum, quos manumisisse visus est officere debere, & exinde intelligi oportere remissum matri pignoris vinculum ex quo de ea liberos suscipere optauerat. Cùm enim ex eo tempore mater postliminio reuersa dici debeat, & consequenter pristinæ ingenuitati suæ restituta, consequens est vt & libera & ingenua facta & liberum & ingenuum pepererit. Vinculum enim pignoris dissoluitur non solùm si redemptionis precium à redempto ipso aut ab alio eius nomine restituatur, sed & si per eum cui restitui debet remittatur siue expressa siue tacita donatione *l.2. l. si liberum* 11. *C. eod.* Remissio autem illa non potest alio ex vllo indicio probabilius colligi, quàm ex adfectione redemptoris id cogitantis, vt ex redempta sua liberos susciperet, præsertim quos postea vocauerit filios suos naturales. Nam & alterius cuiuslibet rei puta obligationis vel actionis vel cautionis remissio facilè inducitur quocumque dũmodo probabili indicio voluntatis vt in *l. Procula* 29. *D. de probat. l. cùm quidam* 17. *§. Diuus Pius* D. *de vsur. l. auia* 77. *§. vlt.* D. *de cond. & demonstr.* Planè si publicè præda virtute militum recuperata sit, quamuis nulli matris precium pater numerauerit, tamen protinus illa postliminio reuersa esse intelligitur, & ideo iam inde ab initio non cum domino fuisse, id est cum eo creditore qui pignoris iure libertatem eius vinctam habuerit, sed cum marito, qui hoc ipso maritus esse & voluerit quod ex ea liberos optauit, & potuerit, nihil iam obstante condicione mulieris plenissimam libertatem consecutæ. *l. ab hostibus* 12. *C. eod.*

L. 2. l. si liberum 11. C. eo.

L. ab hostibus 12. eod.

ILLATIO XXIII.

De iis qui capiuntur in ciuilibus dissensionibus.

VIcesimotertiò ex eodem Principio fit, vt in ciuilibus dissensionibus, qui in alterutras partes discedunt, si ab aduersariis capiantur, postliminium

non habeant, quia nec eo indigent, cùm non sint vice illorum hostium inter quos iura fuerint captiuitatum aut postliminiorum *d.l.si quis* 21.*§.1.eod.* vbi rationem elegantem Vlpianus reddit, quod in huiusmodi dissentionibus ciuilibus, quamuis sanè per eas respublica lædatur, non tamen in exitium reipublicæ contenditur, id est ea mente, vt respublica opprimatur & euertatur, sed è cõtrario potiùs eo animo, vt reipublicæ cõsulatur, ita existimãtibus omnibus qui in alterutras partes discedunt, vt non aliter salus reipub. cõstare possit, quàm si ea vincat factio cui adhærent. Ex quo infert ibidẽ Vlpianus, Eos, qui in talibus bellis capti sint & venundati posteáque manumissi, nõ nisi superuacuò repetere à Principe ingenuitatẽ quam nulla captiuitate amiserint. Captiuitas enim inter eos tantum esse potest, qui hostes sunt, sicut & postliminium. Hostes autẽ non sunt nisi quibus publico decreto bellum indixit populus romanus, vel qui ipsi priores populo romano indixerunt *l.hostes sunt* 24.*eo.* iunct. *l.hostes* 118. *De ver.signific.* in ciuilibus autem dissensionibus populus romanus qui in partes diuisus est, neque sibi, neque alij bellum vllum indicit. *L.si quis 21. §.1.D.eod.*

ILLATIO XXIIII.

De seruo à latronibus primùm capto, postea in hostium potestatem delapso.

VIcesimoquartò ex eodem Principio pendet quod Iauolenus tractat in *l.latrones* 27.*eod.tit.* D.*captiu.& postlim.* Latrones, inquit, seruum tibi eripuerant, postea is seruus ad Germanos peruenerat. Inde victis in bello Germanis seruus venierat. Labeo, Ofilius & Trebatius negant posse vsucapi cũ ab emptore, quia verum esset subreptum eum esse. Nec quod hostium fuisset, aut postliminio rediisset, ei rei impedimento esse. Nẽpe quia postliminij fictio nihil aliud facit, nisi vt captiuitatis potestas, & memoria deleatur. Atqui etiãsi seruus hic in bello captus numquam esset, non eo minùs tamen à latronibus captus, atque ita furtiuus effectus fuisse reperiretur. Postliminium igitur facere potius debet, vt furtiuus perinde semper dici debeat, quàm vt furti vitium purgasse videatur. Non ergo faciet quominùs talis serui vsucapio impediatur sicut & alterius rei furtiuæ cuiuslibet, tam ex lege duodecim tabularum, quàm ex lege Attinia *§. furtiuæ infr. De vsucap.l.vbi lex* 24. *in fin.* iunct. *l.*4. *§.quod autem* D.*de vsucap.eod.tit.* Furtiuam enim rem factam esse quæ à latronibus capta sit dubitari non potest, cùm latrones omnes sint fures, quãuis non similiter è conuerso fures omnes sint latrones, in quo errauit Accurs. ad *l.capitalium* 28.*§.penult.D.de pœn.* *L. latrones 27.eod.tit.* *§. furtiuæ De vsucap. l.vbi lex 24. in fin. iunct. l.4.§. quod autẽ D.eod.*

ILLATIO XXV.

De postliminio eius qui in bello captus pace facta refugit, mox renouato bello iterum captus est.

VIcésimoquintò ex eodem Principio pendet nota & reprehensio Pauli ad Labeonem in *l.si quid bello* 28.D.*eo.tit.De captiu.& postlim.* Nam cùm Labeo generaliter scripsisset, si quid bello captum sit, in præda id esse, nõ postliminio redire, Paulus notat, immo, inquit, si in bello captus pace facta demũ refugit deinde renouato bello capiatur, postliminio redit ad eum à quo captus primùm fuerat, si modò non conuenerat in pace sanciendà, vt captiui redderẽ *L. si quid bello 28. D. de captiu.& postlim.*

tur, nimirū quia hoc casu verū est seruū meū fuisse nec à me reddi hostibus debuisse hūc qui fuerat à me captus. Cur non ergo postliminiū in hoc quoq; locū habeat, sicut & in cęteris rebus omnibus quæ fuerint ciuis romani? Atqui dicat aliquis pro Labeone habuit hic postlimininij ius apud suos, queādmodū & ciuis romanus ab hostibus captus postliminio rediisse dicitur, quoquomodo sit reuersus, siue ab iis dimissus sit, siue vi vel fallacia eorum potestatē euaserit *l. nihil* (*L. nihil interest 26. eod.*) *interest 26. eo. tit.* Ita est, Sed non facit ea res quin iterum captus à nostris postliminio redeat in dominium eius à quo primùm captus fuerat, quem scilicet æquū nō est ex fuga factóque eius quem reuera seruum & in dominio suo habuerit damnum sentire iacturāmque istam patrimonij. Quid enim aut magis, aut iustius nostrum est, quàm quod in bello captum sanguinis nostri, aut saltem tanti periculi pretio adquisiuimus?

ILLATIO XXVI.

De postliminij potestate ad vsucapiendum durante captiuitate.

(*L. pen. eod.*) VIcesimosextò ex eodem Principio pendet alia eiusdē Pauli ad eundē Labeonē nota de qua in *l. pen. eod. tit. De captiu. & postli.* Labeo scripserat, si postliminio redieris nihil te dū in hostiū potestate fuisti, vsucapere potuisse. Paulus cōtrà. Immo, inquit, si quid seruus tuus peculij nomine cùm in eo statu (*L. ait prætor 23. §. hi planè D. ex quib. caus. maior. l. Labeo 8. D. de vsucap. l. 2. §. Celsus scribit D. pro emptor.*) esses, possederit, id eo quoq; tēpore vsucapere poteris, quoniam eas res etiā inscientes, & ignorantes vsucapere solemus, quod & scriptū est in *l. ait prætor 23. §. hi planè D. ex quib. cau. maior. l. Labeo* 8. D. *de vsuca. l. 2. §. Celsus scribit* 11. *D. pro empt.* Cur autē etiā ignorās dominus vsucapiat per seruū ex causa peculiari, ratio proficiscitur ex eo, quod ex hac causa peculiari possessio quoq; ignorāti domino acquiritur. Pēdet enim ex possessione vsucapio, quę sine possessione nulla esse potest *l. sine possessione* 25. *D. de vsuc.* Hic ipsū autē, quod dicimus, ex peculij causa ignorātibus acquiri possessionē nō nisi vtilitatis causa receptū est contra iuris rationē, & iure singulari, vt loquitur Papin. in *l. peregrè 44. §. quæsitū* D. *de* (*L. peregrè 44. § quæsitum De acq. poss.*) *acq. poss.* Ne inquit, aliter posito iure cogerētur domini ad acquirendā sibi per seruū possessionē ex peculiari causa per singula momēta species & causas peculiorū inquirere. Quamquam vt ibidē subiungit Papin. nō eò pertinere speciem istā putandū est, vt animo solo videatur acquiri possessio, quā sanè constat licèt animo etiā solo retineatur, tamen nō nisi animo & corpore acquiri posse *l. 3. §. 1. l. queādmodū 8. eod. ti.* Nā si non ex causa peculiari aliquid quęratur per seruū, cōstat scientiā quidē domini esse necessariā, sed corpore serui quęri possessionem. Quibus verbis id agit Papinianus, vt eadē specie & quæstione retenta de possessione quę ex causa peculiari acquiratur, subiiciat respōsionē ad propositā obiectionē petito argumēto à casu cōtrario, sed minùs dubitabili. Nā obiectio illa erat, si ex causa peculiari acquiratur possessio ignoranti, futurū, vt solo animo sine corpore acquiri videatur. Papinianus verò negat cōsecutionē, falsámque esse probat hac ratiocinatione, quòd tùm etiā cùm ex causa non peculiari possessio acquiritur, quo tamen casu nemo dixerit solo animo acquiri possessionē, omnia sunt similia nisi quod scientia domini necessaria est. Cæterū perinde corpore serui acquiritur possessio. Quod autē de seruo diximus, idem de filiofamilias dictū intelligi debet, vt per eū quoque ignoranti patri possessio rei peculiaris acquiratur. Itaque si patre apud hostes agente filius in ciuitate aliquid emerit, & quęratur an reuersus pater vsuceperit, distinguendū est an ex peculiari causa filius possederit, necne. Nā siquidē ex causa peculiari possedit, pla-

cet:

cet vſucapionẽ inchoari,nec impedimẽto eſſe patris captiuitatẽ,cuius ſcientia nõ eſſet in ciuitate neceſſaria,ſi verò nõ ex peculij cauſa id fili⁹ cõparauerit,vſu capi nõ poſſe,nec iure poſtliminij quęſitũ id intelligi,cùm priùs eſſet vt quod vſucaptũ diceretur,poſſeſſum fuiſſet,vt ratiocinatur & diſtinguit Papinianus in *l.iuſto errore 44.§.vlt.de vſucap.* Quò etiam pertinet,quod regula iuris habet,filiũfamilias,neque retinere,neq;recuperare,neque adipiſci poſſeſſionẽ rei peculiaris videri *l.filiusfamilias 93.De reg.iur.*Nẽpe quia quicquid filius peculiari nomine adprehenderit,id ſtatim pater eius poſſidet,nõ ſolùm etiãſi ignoret filium poſſidere,ſed etiamſi ignoret habere ſe filium in poteſtate *l.4.D.de acq.poſſeſſ.*vbi addit Vlp.quod amplius eſt,etiamſi filius ab alio tanquã ſeruus poſſideatur,idem probandum eſſe.Et ſimiliter è conuerſo quod per filiumfamilias,vel ſeruum ignorantes poſſidemus, eius poſſeſſionem etiã ignorantes amittimus,dummodo eam alius occupauerit *d.l.peregre 44.§.vlt.eo.tit.*Indéque eſt,quod Alfenus ſcribit in *l.ſi ſeruus 34.De vſucap.*Si ſeruus inſciente domino,vel filius ignorante patre(idem enim iuris in vtroque eſt)rem peculiarẽ vendiderit,emptorem vſucapere poſse.Cùm enim ſine poſeſſione nulla cõtingere poſſit vſucapio *d.l.ſine poſſeßione 25.eo.*fieri nequiret vt qui rẽ peculiarem ignorãte patre,vel domino à filio,vel ſeruo emiſset,eã vſucaperet,ſi poſſeſſionem ignorans pater,vel dominus amittere nõ poſset.Prius enim eſt,vt amiſsa ea ſit patri,vel domino,quàmvt emptori acquiri poſſit,Cùm eiuſdẽ rei poſſeſſores duo in ſolidũ eſſe nõ poſſint *l.3.§.ex cõtrario D.de ac.poſſ.*Vt Planè nõ ſatis poſſim mirari quod vir doctiſſ.Iacob.Cuiacius ſcripſit ad *d.l.ſi ſeruus & li.15.Obſer.cap.18.inſciente* illo loco dixiſſe Iurec.pro *ſciente*,quod mihi non minùs intolerabile videtur quàm ſi quis tãtũ virum quẽ doctũ vellet dicere indoctum appellaret.Neque proCuiacij interpretatione facit quod ſcriptum eſt in *l.vlt.§.ſed & à filio D de diuerſ.tempor.præſcript.& in l.ſi ſeruus 14. D. de acq. poſſ.*Si à filiofamilias,vel à ſeruo rem emero dãdam mihi acceſſionem eius temporis quo rei poſſeſſio penes patrem,vel dominum fuit,ita demum ſi volente patre vel domino facta venditio ſit,vel de peculio illo,cuius liberam adminiſtrationẽ filius,aut ſeruus habuerit. Aliud enim eſt quærere de poſſeſſionis acceſſione de qua ſola ibi agitur,aliud verò de vſucapione inchoãda ex contractus tempore duntaxat. Acceſſio tẽporis quo pater vel dominus poſſedit,non poteſt ei prodeſſe qui rẽ peculiarẽ in filiofamilias,vel à ſeruo emit, patre, vel domino ignorante,quia vt prodeſſe debeat emptori poſſeſſio vẽditoris ſit ex eiuſdem venditoris voluntate , qui vendendo intelligitur totum & omne ius quod habuit in emptorẽ trãsferre velle. Atqui volũtas ignorãtis nulla eſt,Cùm verò de vſucapione inchoanda agimus,illud tantùm requirimus vt emptor veram poſſeſſionem habeat & bonam fidem,nõ etiam vt ex venditoris ſui perſona vllã temporis acceſſionem mutuetur.Quinimo,vel ex hoc ipſo quod ſupradictis locis negatur acceſſionẽ tẽporis ei dandã eſſe qui rem peculiarem à filiofamilias,vel ſeruo ſine patris,aut domini voluntate cõparauerit, probatur manifeſtiſſimè emptorẽ bonæ fidei ex hac cauſa vſucapere poſſe. Alioqui fruſtra eſſet de acceſſione tẽporis ad effectũ vſucapiendi diſputare,ſi vſucapio impediretur, id eſt ſi cui acceſſio temporis denegatur,vſucapiẽdi quoque ius & facultas denegaretur. Nec rurſus illud verũ eſt quod vir doctiſſimus ſcribit impedirivſucapionẽ hãc ex duodecim tabulis,quia furtiua ſit res quã ex peculio ſuo filiusfamilias, vel ſeruus vẽdit patre aut domino ignorãte. Etſi enim vt ille ar-

L. iuſto errore 44.§.vl. D. de vſucap.
l.filiusfamilias 93. de reg.iur.
L.4. D. de acquir. poſſ.
d. l peregrè 44.§.vlt.eo.
L. ſi ſeruus 34.De vſucap.
L.vlt.§ ſed etſi à filio De diuer.temp. præſcr. l. ſi ſeruus 14. D. de acq. poſſ.

l. quis ab alio 19. & l. 4. in princ. D. de manumiss. l. si liberã 10. C. quod cum eo.

gumentatur, res peculiaris est domini *l. si quis ab alio* 19. iunct. *l. in princip. D. de manumiss. l. si liberam* 10. *C. quod cum eo qui in alien. potest. est.* ignorans autem dominus comparatur inuito cùm de furto tractatur *l. qui vas* 48. *§. qui ex voluntate vers. vetare* D. *de furt.* vt & in *l. filiusfamilias* 8. *§. inuitus D. de procurat. l. inuitum* 5. *D. vrban. præd.* Non tamen erit bona consecutio si quis ex eo inferat fieri rem furtiuam si bonæ fidei emptori vendatur, Non magis, quàm si quis dicat furem esse hunc, quem nos ponimus è contrario bonæ fidei emptorẽ esse. Quid enim si seruum, aut filiumfamilias à quo cõparauit, talẽ esse ignorauit, patrémque familias esse opinatus est? Difficilè siquidem dignoscitur filiusfamilias à patrefamilias, & homo liber à seruo *l. quia difficilè* 5. *D. de contr. empt.* Quid rursum si probabilem causam habuit existimãdi seruũ hũc, si eum talem esse sciuit liberã peculij sui administrationẽ habuisse? Cur dicamus furem hunc esse qui bona fide cõparauit? Fateor seruum quoque rei peculiaris furtum facere posse, fieriq; rem furtiuam si is furandi consilio eã amoueat, non quidem quandiu eam retinet, quia interim nihil domino abest, at tum demum cùm alij eam tradidit, vt Iulianus scribit in *l. interdum* 56. *§. cùm autem D. de furt.* Sed dico ita id accipiendum esse si seruus eã rem alij tradiderit animo & consilio furandi. Nec enim furtum sine furandi animo committitur *l. furtum* 37. *D. de vsucap.* Quis autem dicat furandi animum habere illum qui rem peculiarem vendat publicè fortassis, & supra iustum precium, vt ex eo precio negotietur ad maiorem domini sui vtilitatem? Ergo fatẽdum est ex sola rei peculiaris venditione quamuis ignorante domino facta nõ fieri rem furtiuam, nec proinde vsucapionem impediri dummodo bonę fidei emptor proponatur, qualis saltem ille est qui suum venditorem seruum esse ignorauit. Idque iam olim Accursius optimè probauit ex *d. l. si liberam*, quæ cùm negat huiusmodi venditionem iustum adferre possessionis initium, id est vsucapiendi causam præbere emptori scienti seruilem venditoris condicionem, an nõ hoc ipso innuit aliud esse dicendum in emptore ignorante. Atqui si res facta esset furtiua nihil prodesset emptori bona fides *l. vbi lex* 24. *De vsucap.* Nec possum videre quonam colore vir doctissimus ad hanc obiectionem diluendam respondeat, loqui eam legem de malæ fidei emptore, non quasi sit permittenda, inquit, bonæ fidei emptori cui seruus vendiderit rem peculiarem ignorante domino, sed vt intelligatur malæ fidei emptorem furti teneri, bonæ fidei emptorem non teneri. Etsi enim de furti actione agitur in fine legis, tamen negari non potest, quin de vsucapione & longi temporis possessione accipi debeant verba illa præcedentia, *neque condicionem eorum seruilem scientibus emptoribus possessionis iustum adferunt initium*, nõ etiã de actione furti, De qua separatim agi incipit in postrema illa clausula, *Ideóque res mobiles emẽtes à seruo etiã furti actione tenẽtur.* Quòd si emptor bonæ fidei nõ tenetur furti, quod & Cuiacius fatetur, Ergo nõ fit res furtiua tùm cùm ab eo emitur, At neque cùm eã seruus vẽdit si neq; animũ, neque cõsiliũ furãdi habuerit, vt probauimus. Ergo nũquã est furtiua, nec proinde quicquã est quod eius vsucapionẽ impedire possit. Sed & cùm de rei peculiaris vsucapione tractamus, non puto distinguendum esse an agamus de re quæ ideò sit peculiaris, quòd verè sit patris, vel domini, an de re, quæ sit aliena, quamuis per seruum peculiarem empta, siue bona, siue mala fide. Generalis enim ratio est quæ rei peculiaris vsucapiendæ jus tribuit bonæ fidei emptori, tum etiam cùm ignorãte patre, vel domi-

l. interdum 56. § cùm autem D. de furt.

d. l. si liberã 10. C. quod cum eo qui in alieni potest. est.

domino facta venditio est,& eo filiofamilias,vel seruo qui liberam peculij administrationē non habuit. Nam si patris, vel domini scientia interuenisset in venditione rei quæ dominica fuisset, vt loquitur *d.l.si liberam*, vel quæ patris non esset, quod vsucapione tractari posset, quia per alienationem etiam à filio vel à seruo factam dominium translatum reperiretur, emptor verò rem quæ iam facta sua esset vsucapere amplius non posset *l. in bello* 12. §. *si quis seruum vers. nam occurrit. D. de captiu. & postli.* At cùm patris, aut domini voluntas nō interuenit licèt ea res distracta sit quæ peculiaris verè fuit, id est, vel domini, vel patris, non aliena, dominium tamen transferri non potuit si non liberam habuerit filius, vel seruus peculij administrationem quantumuis emptor bonę fidei proponatur, ideóque de vsucapione tranctandum necessariò est, vt dominium emptori acquiratur. Denique etiamsi Cuiacij sententiam probare possem, tamen legere mallem *id sciente* pro *insciente* quàm mihi persuadere inscientem dixisse Alfenum pro sciente, potiùs quàm Paulum in *d.l. penult. De capt. & postlim.* vbi apertissimè *inscientes* dixit ille pro ignorantibus. L. pen. D. de capt. & postlim.

Sequitur apud Paulum in *d.l. penult. Et eo modo etiam hereditas nondum nato posthumo, aut nōdum adita augeri per seruum hereditarium solet.* Sensus est, nō eo tātùm casu quo quis apud hostes sit, aut in ciuitate quidē, sed ignorans filiifamilias, aut serui peculium tranctantis negotiationē, augeri patrimonium ignorantis per vsucapionem cui causam det possessio per filium familias, aut seruū etiam ignoranti quæsita, Sed tunc etiam cùm seruus hereditarius aliquid acquisiit iacente hereditate. Etsi enim hereditas personam nullam habet, adeóque nec possessionem, quia possessio facti, hereditas verò iuris est *l.1.§. Scæuola D. si is qui testam. lib. ess. iuss.* ob idque scienti comparari hereditas non potest, sed ignoranti. Placet tamen vacuum tempus quod siue ante, siue post hereditatem intercesserit, heredi procedere ad vsucapionem, *l. numquam* 31. §. *penult. D. de vsucap.* atque ita nō eā tantùm possessionē heredi prodesse quæ testatoris fuerit, & eius morti iuncta, sed eam quoque quæ numquam fuerit testatoris *l. Pōponius* 13. §. *non autem D. de acquir. poss.* Adeò vt etiam vlteriori heredi hoc est qui in remotiore gradu sit, pluribus scilicet heredum non modò personis, sed etiam gradibus inductis, possessio defuncti prosit, quamuis medius heres possessionem quam defunctus habuit, nactus non sit *l. 2. §. etiam heredi* 18. *D. pro emptor.* Neque rursum eo duntaxat casu hoc obtinet quo vsucapere defunctus cœperat, sed etsi de vsucapione inchoanda tractetur, quod euenit seruo hereditario aliquid comparante *d.l. iusto errore* 44. §. *nondum adita D. de vsucap.* vbi tamen Papinianus monet, singulari iure hæc esse recepta, id est contra vulgarem iuris regulam secundum quam sine possessione vsucapio procedere nulla potest *d.l. sine possessione* 25. eo. nō magis quàm hereditas ipsa, quę personam, vt diximus nullam habet, possidere. Ad eam verò iuris regulam videtur idem Papinianus respexisse in §.1. *l. seq.* quæ in vulgatis editionibus est *l. vlt. tit. De vsucap.* vbi ait ille, si post mortem domini seruus hereditarius peculij nomine rem tenere cœperit, vsucapionis primordium ex aditæ hereditatis tempore cōputandū esse. Quēadmodū etenim vsucapietur, inquit, quod antè defunctus nōpossederat? Ratio vt apparet meri veriq; iuris est, & ad quā nihil sanè est quod respōdere possimus, nisi ex eodē Papiniano in *d.§. nōdum aditæ*, Ita quidē esse si iuris subtilitatem inspicias, sed contrà receptū esse iure singulari. In his autem quæ iure singulari, hoc est contra iuris rationem recepta sunt, non posse nos

d.l penult. L.1.§. Scæuola D. si is qui testam. lib. ess. iuss. l. numquā 31. §. penult. D. de vsucap. l. Pōponius 13. §. non autem D. de acquir. poss. L. 2. §. etiā heredi D. 18. pro emptor l. iusto errore 44. §. nōdum adita D. de vsucap. §. 1. l. 45. eod. tit.

sequi regulã iuris *l.in his* 15.*& l.seq.*D.*de legib.*Nec alius potest sensus esse Pauli in *d.l.pen.* cùm ait hereditatem nondum aditam per seruum hereditarium augeri solere,& quidem eo ipso modo,quo dixerat captiui patrimonium per seruum qui in ciuitate mansisset augeri posse, id est per vsucapionem.Sicut enim verbo illo *solet* non tam id quod iuris sit quàm quod receptum est significare Iureconsulti solent,ita fatendum est non aliter auctam dici posse hereditatem per seruum hereditarium,quàm si is rem aliquã post mortem defuncti comparasse proponatur.Alioqui si proponas fuisse rem à defuncto comparatam,aut à seruo quidem,sed eo tempore quo dominus adhuc viuebat, non video quomodo possit videri aucta hereditas per seruum hereditarium, quãuis ponas toto illo tempore quo iacuit hereditas, seruum hunc hereditarium rem istam quasi peculiarem tenuisse.Nam etsi hereditarius seruus nullus fuisset,non eo minùs tamen vsucapio quæ viuo testatore cœpta fuisset,iacente hereditate processisset *d.l.nondum & d.l.numquã* 31.*§.penult.*vbi hanc ob causam vacuum tempus appellat Paulus,in quo rem,quę vsucapitur,nemo possederit. Nec persona serui hereditarij computari vllomodo potest, siue quantum ad causam possessionis,siue quantum ad causam vsucapionis,quia non magis possidere ille potest quàm vsucapere,sed quantũ ad id duntaxat,vt emat,vel aliter contrahat,quo vno respectu proculdubio auget hereditatem si fortè,vel à domino emerit,atque ita dominium hereditati statim adquisierit *l.in eo* 33.*§. vlt. cum l.seq.*D.*de acquir.rer.domin.*vel vsucapiendi materiam & occasionem hereditati attulerit,comparando àb eo qui dominus non fuit. Notandum autem est quod iungit Paulus duos illos casus tanquam similes. De posthumo nondum nato,& de nondum adita hereditate,quia si alius filius quàm posthumus patris heres proponeretur,dum ne emãcipatus esset, de seruo hereditario tractari nihil posset,siquidem hereditarium seruum appellamus, qui sit iacentis hereditatis, Non iacet autem hereditas,immo nec vlla est eius qui habet suũ heredem *l.in suis* 11.D.*liber.& post.l.in suis* 14.D.*de suis & legit.* Quid,inquies, An nõ posthumus quoq;suus heres est sicut& qui nascitur in potestate,ob idque non minùs quàm cæteri sui heredes institui omnino debet,vel exheredari,ne alioqui præteritus rumpat testamentum *l.si posthumus* 14.*l.Gallus* 29.*per tot.& l.seq.*D.*de liber.& posth.l.*1.3.*& pass.*D.*de iniust.rupt.* Respondeo, immo verò posthumum non esse suum heredem antequàm nascatur, quia qui nondum est dici non potest in morientis esse potestate *l.fin.*D.*de collat.* & ideò ipsius præteritione nõ esse nullum testamentum quomodo nullum esset preteritione filij iam nati,sed rumpi tãquam agnatione sui heredis,propterea quod posthumus ex quo natus est loco eius esse intelligitur, qui iam mortis tempore superstes fuerit *l.si primo* 8.*De liber. & posthum.* ac proinde fatendum est dum posthumi natiuitas expectatur , quia potest non nasci, aliquam esse hereditatem,& consequenter seruos esse hereditarios omnes illos qui mortis tépore serui fuerint defuncti patris,Neque tamen eo magis verum erit aditione aliqua opus fore posthumo ad acquirendam patris hereditatem. Nascendo enim fiet suus heres, non quia possit eo tempore dici in potestate patris iam mortui,quamuis inter cætera,vel hoc vnum maximè necessarium sit ad inducendum ius & nomen sui heredis *l.scripto* 7.D.*vnd.lib.* sed quia si moriente & consequenter adhuc viuo patre natus fuisset , in potestate & suum heredem illum nasci contigisset §.*posthumo* 26.*Instit. de legat.* Itaque statim atque nascitur &

d.l.nũquam 31.*§.pen.eo. tit.*

l. in eo 33.*§. vlt.&l.seq. De acquir. rer.domin.*

l. in suis 11. *de liber. & posthum. l. in suis* 14. *D.de suis& legit.*

l.vlt. D.de collat. bonor.

l.si primo 8. *D. de liber & posthum.*

L. scripto 7. *vnd. liber.* *§. posthumo* 26. *de legat.*

tur & ipso iure heres est,& ob id dicitur & rumpere succedendo, & succedere rumpendo,nec proinde vlla indiget hereditatis aditione. Estque hic vnicus & valde singularis casus in quo pater filium non emancipatum habeat heredem, siue ex testamento,siue ab intestato,nec tamen hereditarius seruus dici prohibeatur is qui fuerit seruus patris. Quamquam non nego idem posse contingere si ponas filium iam natum eundémque suum heredem testamento paterno institutũ esse sub promiscua &,vt vocant,potestatiua condicione. Nam & hoc casu condicio sub qua filius institutus est, impedit ne interim ius sui heredis filium heredem facere possit non modò inuitum,aut ignorãtem,sed nec si velit quousque cõdicionem impleuerit, Ac proinde hereditatem aliquã interim esse necesse est, & hereditarios seruos,si quos pater proprios habuerit,nec eo magis tamẽ necessaria filio futura est aditio,sed sufficiet impletã ab eo condicionem vt ipso iure heres reperiatur,& necessarius *l.condicionibus* 5. *D. de condic.& demonstr.* iunct.*l.*4.*D.de hered.instit.* Si quis tamen pro Labeone quem Paulus in *d.l.penult.* reprehendit contra Paulum disputare vellet, posset fortassis dicere minùsbonam esse comparationem illius casus quo seruus tuus dũ in hostiũ potestate esses aliquid peculij nomine tenuerit, Et illius, quo idẽ seruus tuus dũ tu in ciuitate esses etiã peculij iure quid possederit quãuis te ignorãte. Est enim multò facili⁹,vt per seruũ ignorãti domino qui in ciuitate est procedat vsucapio rei peculiaris,quàm vt ei qui apud hostes est.Siquidẽ priore casu nõ deest persona quæ & possidere per seruũ,& vsucapere possit, Posteriore verò persona nulla est cùm is qui apud hostes est reuera seruus eorum sit, ob ídque pro mortuo habeatur,circa personam autẽ eius qui mortuus sit nihil fingi posse videatur. Idémque tractari potest de alio etiam casu quem Paulus similem esse subiungit, hoc est si seruus hereditarius aliquid acquisierit posthumo nondum nato, aut nondum adita hereditate. Nam nec tunc persona vlla est quæ possidere & vsucapere per seruum hereditarium possit, cùm neque serui persona cõputari possit qui nullus est,omninóque incapax acquisitionis, neque pristini domini quem ponimus defunctum fuisse, neque futuri heredis, cuius nimirùm priusquàm heres factus sit,ratio haberi nulla potest. Atqui, inquies, non negaret Labeo,quod cæteri Iureconsulti iam olim receptum fuisse testantur,nondum aditæ hereditatis tempus vsucapioni datum esse,siue seruus hereditarius aliquid cõparat,siue defunctus iam vsucapere cœperat. Immo verò,inquam,illo saltem casu quo hereditarius seruus aliquid comparasset,negare posset Labeo cum Papin.in *d.l.*45.*§.*1.*de vsucap.* vsucapionis primordium vllum esse ante tempus aditæ hereditatis. Et quamuis fateretur cum eodem Papiniano in *d.l.iusto* 44.*§.nondum adita eod.tit.* iure singulari tandem id receptum esse,vt eo quoque casu nondum aditæ hereditati tempus vsucapioni detur, Posset tamen respondere,id quod singulari iure ac contra regulas communes receptum est non debere trahi ad consequentias *l.quod verò* 14. *De legib.* id est argumentum ex eo sumi nullum oportere, vt ab Africano non dissimiliter responsum esse legimus in *l.qui negotia* 34.*D.mandat.* Verùm ne Labeoni suprà quàm par sit, fauere videamur,admittamus quod res est, Papinianum in ea specie quæ Labeonem & Paulum dissentientes habuit,pro Paulo contra Labeonem sensisse. Nam in *§.vlt.d.l.iusto*,apertè scribit quod iã suprà diximus, si cum apud hostes dominus,aut pater ageret, seruus aut filius aliquid emerit, & ex causa peculij possederit,vsucapionem inchoari,nec impedimẽto esse do-

l.condicionibus 5.*D. de cond.& demonstr. l.*4. *D.de hered. instit.*

d.l pen. D. de capt. & postlim.

L. qui negotia 34. *D. mandat.*

d.l.iusto 44, *§. vlt. De vsucap.*

mini captiuitatem, vel patris, Cuius scilicet scientia in ciuitate non esset necessaria. Quæ ratio ostendit non singulari aliquo iure hoc fieri, sed postliminij iure communi, quamquam ipsum quoque postliminij ius singulare dici potest si cum eo conferatur quod nulla postliminij fictione inducta obtineret. Itaque facilius esse Papinianus credidit, vt per seruum captiui quandocumque reuersi possit procedere vsucapio, quàm vt per seruum hereditarium ante aditam hereditatem. Cur ita? Quia postliminij fictio sicuti captiuitatis delet memoriã, ita efficit vt non possit videri cœpisse & impleta fuisse vsucapio sine persona, nihilque aliud superest, quod possit obiici cur non potuerit vsucapio inchoari & compleri durante patris, vel domini captiuitate, nisi quòd absurdum videatur ignorantem & possedisse intelligi & vsucepisse. Hoc verò absurdum esse negat Papinianus & optima & euidenti ratione, quia etiamsi pater, vel dominus in ciuitate mansisset scientia eius ad inchoandam complendámque vsucapionem necessaria non fuisset. At cùm agimus de vsucapione rei, quam seruus hereditarius emerit & tenuerit licèt ex causa peculiari, non illa tantùm ratio obstare vsucapioni videtur, quòd nullius scientia interueniat quę regulariter necessaria est, & ad possidendum, & ad vsucapiendum. Sed illa etiam & potissimùm, quòd neq; persona vlla sit hoc casu quæ vel ignorans possedisse & vsucepisse dici possit. Personam autem aliquam esse oportet priusquàm de possessione, & vsucapione tractari posse videatur. Ea namque vis est ratiocinationis illius Papinianeę in *d. l. 45. §. vlt. quemadmodum etenim vsucapietur, quod antè defunctus non possederat?* Ne scilicet de iuris ratione priùs quàm de persona quæratur *l. quidam referunt 14. vers. vt non ante D. de iur. codicill. l. 5. in princ. D. vt legat. seu fideic. seruand. caus. caueat.* Quod cùm ita sit, non abs re quis miretur quonam colore illud tandem receptum sit, vt eo quoque casu quo seruus hereditarius aliquid comparat, vsucapio perinde procedat acsi aliqua persona esset. Quamuis enim ratio iuris quærenda non sit in iis quæ iure singulari recepta sunt & contra regulam iuris *l. in his 15. D. de legib.* numquam tamen deest color aliquis propter quem debuerit induci ius illud singulare. Color autem in proposito subesse is videtur, quòd quemadmodum durante patris, vel domini captiuitate, persona quæ reuera nulla est ad possidendum, & vsucapiendum, speratur tamen ex beneficio postliminij, de quo vtique lex semper bene sperat, cùm eam spem in populi romani virtute bellica videat collocatam *d. l. in bello 12. in princip. De capt. & postlim.* Ita & iacente hereditate speratur persona heredis, quandoquidem sola spes habendi heredis ius & fictionem hereditatis nõ solùm inducit, sed etiã conseruat, adeò vt si quando heres aut bonorũ possessor, qui aliquis sperabatur sperari vllus desinat, hereditas quoq; desinat esse hereditas, & fiant bona vacantia *l. vlt. D. de success. edict.* Nec alia inter hos casus differẽtia est, nisi quod per reditũ eius qui fuit apud hostes nõ inducitur noua persona, sed illa ipsa quæ fuerat ante captiuitatem, & quæ semper in ciuitate mansisse intelligitur. Per aditionem verò hereditatis inducitur noua persona heredis, quæ antea non erat. Cæterùm sicut fictio postliminij delet memoriam captiuitatis, ita & retrofictio illa quæ facit vt heres quandocumque adeundo retrofingatur adiisse ex die mortis *l. heres quandocumque 49. De acq. hered.* tollit omnem memoriam iacentis hereditatis, ita vt nec vlla hereditas vnquam fuisse videatur, sed coniungatur cum instanti mortis testatoris instans aditionis heredis. Illud sanè multò faciliùs recipi potuit, vt per seruum, aut filium-

L. quidã referunt 14. vers. vt non ante D. de iur. codicill. l. 5. in princ. D. vt legat. seu fideic. seruand. caus. caueat.
L. in his 15. D. de legib.

L. vlt. D. de success. edict.

l. heres quãdocũque 49. D. de acq. hered.

liumfamilias dominus vel pater etiã ignorãs vsucapere ex causa peculij posset, quoniam eo casu sola domini vel patris ignorantia potest facere dubitationem non etiam defectus personæ, quæ adest reuera, ita vt nec vlla in eam rem opus sit fictione. At in cæteris omnibus casibus de quibus diximus persona nulla est nisi quæ vel per hanc vel per illam fictionem inducatur. Idque est quod videtur Labeonem decepisse, vt licèt non ignorauerit ius quod erat iam receptum in permittenda rerum peculiarium ignorantibus dominis vel patribus vsucapione, non ideo tamen videre potuerit, qua ratione eo exemplo permittendum esset vt qui apud hostes esset quantumuis postea reuersus vsucapere interim per filiumfamilias aut seruum posset. Debuit autem animaduertere in his quæ iuris sunt, cuiusmodi est vsucapio, parum referre an persona aliqua sit reuera, an per fictionem iuris inducatur, Itémque quod iam suprà monuimus in iis quæ iure singulari recepta sunt non posse nos sequi regulam iuris. Quamquam & illud pro tuendo Labeone tentari potest, nondum eius temporibus receptum fortassis fuisse quod Papiniani & Pauli ætate multò posteriore receptum fuit iure singulari circa rerum peculiarium vsucapionem ignorãtibus quoque patribus vel dominis permittendam: Quę enim contra rationem singulari aliquo iure recipiuntur, ea non statim admittuntur, sed paullatim inualescunt & increscunt vt loquitur Vlp. in *l. quæsitum* 12. *§. sed si fundus* 27. D. *de instruct. vel instrum. legat.* Porrò si tollas iuris huius singularis autoritatem, dubitandum non est quin iuris communis ratio faciat pro sententia Labeonis. Sed ista ad Labeonem, Papinianum & Paulum adnotasse sufficiat.

L. quæsitum 12. § sed si fundus 27. De instruct. vel instrum. legat.

ILLATIO XXVII.

De postliminio serui iam recepti intra fines romani imperij.

VIcesimoseptimò ex eodem Principio infertur, quod Labeo dicebat, si id quod nostrum hostes ceperunt eius generis est vt postliminio redire possit, simulátque ad nos redeundi causa profugit ab hostibus, & intra fines imperij nostri esse cœpit, postliminio eum rediisse intelligi. Vt enim postliminium inducatur sufficit eum qui ab hostibus captus fuerat eorum potestatem euasisse & ex nostris esse cœpisse ita vt ab hostibus recuperari probabiliter non possit, Quod euenit statim atque intra fines imperij nostri receptus est. Sed tamẽ & hoc quoque casu Paulus solito suo contradicendi studio ad Labeonem notat in *l. vlt. eod. tit. De capt. & postlim.* posse hanc Labeonis sententiam aliquando falsam esse, Nempe si cùm seruus nostri ciuis ab hostibus captus inde aufugit, apud nos ita sit vt neque in domini sui sit potestate, neque vllidum seruiat. Quamuis enim non solùm intra fines imperij nostri se receperit sed etiam quod magis est in ipsa vrbe Roma sit, nondum tamen postliminio rediisse creditur, quia scilicet postliminium habere nõ potest ex propria persona qui ipse numquam in ciuitate fuit nec caput habuit. Itaque necesse est vt postliminium habeat vel ex domini sui vel ex alterius ciuis persona: Ex domini autem persona non potest habere quandiu se domino subtrahit nec in eius potestatem redit, Ex alterius verò persona multò minùs si nemini seruiat. Si enim alicui seruiret quamuis non domino, siue bona siue mala fide, ex illius saltem persona postliminio rediisse intelligendus esset, vel ob hoc ipsum vt eum vindicare, aliterve repetendi eius nomine agere dominus posset.

l. vlt. D. de captiu. & postlim.

Postliminiũ serui difficilius inducitur, Et quare.

ILLATIO XXVIII.

De illo qui cùm pro emptore poßideret & vsucaperet captus fuit ab hostibus.

VIcesimooctauò ex hoc eodem Principio iunctis iis quæ scripsimus *illat. 26. ad fin. l penult. eod. tit. De captiu. & postlim.* pendet explicatio dissensionis quam inter Iulianum & Marcellum fuisse refert Paulus in *l. si is qui pro emptore* 15. *D. de vsucap.* Quæstio erat de illo, qui cùm pro emptore possideret ante vsucapionem completam captus fuerat ab hostibus, An nimirum heredibus eius procederet vsucapio. Nam quod ad ipsum pertinet, res non habet dubitationem quin vsucapio interrumpatur, adeóque ita vt superueniente postliminio non restituatur, quia vt sæpius iam diximus nulla esse potest vsucapio sine possessione, possessio autem plurimum facti habet, causa verò facti non continetur postliminio, quemadmodum ratiocinatur Papinianus in *l. denique* 19. *D. ex quib. caus. maior.* Hoc verò admisso quod inter prudentes dubium numquam fuit, absurdum videtur vsucapionem quæ captiuo ipsi ab hostibus reuerso non prosit, heredi eius prodesse. Ita enim fieret vt plus iuris haberet heres quàm habuisset aut habiturus fuisset ille in cuius iura successisset contra *l. nemo plus commodi* 120. *l. aliud est* 160. *§. absurdum est De regul. iur.* Sed tamen non eadem hac in re defuncti & heredis ratió esse potest, fatendúmque est plus iuris heredem hunc habere quàm defunctus fuerat habiturus: Propter illam diuersitatis rationem quæ partim à Paulo exprimitur, partim supplenda est, quòd cùm de illo ipso agimus qui ab hostibus captus fuit verum est eum in sua vita desiisse possidere, Ex instanti scilicet captiuitatis, quia exinde nō potuit ipse quicquam possidere qui ab alio possidebatur *l. cùm heredes* 23. *§.* 1. *D. de acquir. poss.* vbi hanc ob causam Iauolenus scribit ei reuerso noua possessione opus esse etiamsi nemo medio tempore res ipsius possederit, ac proinde postliminium ei non prodesse quod ad hoc vt vsucepisse videatur. At cùm captiuus apud hostes defunctus est, quomodo defunctum ponimus eum de cuius herede disputamus, (nec enim viuentis quantumlibet captiui heres vllus esse potest *l. nec nos* 4. *Cod. de captiu. & postlimin.*) non potest videri captiuus desiisse in sua vita possidere, propter fictionem nimirum legis Corneliæ, per quam fit vt tempora captiuitatis ex die quo quis captus est iungantur morti, vt loquitur Papinianus in *l. iusto* 44. *§. vlt. in fin. De vsucap.* id est vt ex quo instanti captiuitas contigit retrofingatur is qui captus est decessisse, vt eadem retrofictione possit videri decessisse ciuis romanus, quia capitur non qui iam captiuus, sed qui adhuc ciuis est: Atqui à tempore mortis si ponamus aliquem in ciuitate fuisse suum heredem dubitandum non est quin licèt possessio defuncti non continuetur in heredem, ne quidem adita hereditate, quousque corporalis possessio adprehensa sit *d. l. cùm heredes in princip.* eâ tamen quandocumque adprehensâ, procedat heredi possessio testatoris ad vsucapionem dummodo res medio tempore à nullo possessa sit *l. possessio* 20. *de vsucap.* non solùm si heres eum possidere aliquando cœperit, sed etsi numquam eum possederit, dum nec alius etiam vllus possessionem eius prior adprehenderit *l. qui cùm pro herede* 6. *§. vlt. D. pro emptor.* Nam si non possederit illum heres priùs sed alius, testatoris possessio ei accedere non potest, non magis quàm emptori possessio venditoris interposita media alterius possessione: Meritóque explosa co-

L. si is qui pro emptore 15. D. de vsucap.

l. denique 19. D. ex qu. caus. maior.

L. cùm heredes 23. §. 1. D. de acq. poss.

L. iusto 44. §. vlt. in fin. D. de vsu c.

l. possessio 20. eod.

L. qui cùm pro herede 6. §. vlt. D. pro empt.

sa eorum sententia est qui putabant aliud in herede quàm in emptore probandum esse, quia tametsi vt illi dicebant plenius sit ius successionis, quàm emptionis, in proposito tamen casu medium inhabile possessionis tertij impedit coniunctionem extremorum, hoc est possessionis defuncti cum possessione heredis vt Vlpianus subtiliter disputat in *l. Pomponius* 13. §. *quæsitum De acquir. poss.* Si verò ponamus captiui de quo agimus suum heredem in ciuitate nullum fuisse sed extraneum, qui nequeat citra aditionem heres esse, inducetur per legem hereditas statim ex ipso instanti mortis, inducta verò incipiet personæ vicem sustinere non quidem quantum ad causam possessionis quæ vt diximus facti est *l.1.§.Scæuola D. si is qui testam.lib. ess. iuss.* sed quantum ad hoc vt expectari possit heres, quo postea hereditatem quandocumque adeunte, ac possessionem rerum hereditariarum à nemine interim occupatam adprehendente, possessio quæ fuerat defuncti possit iungi cum possessione heredis toto intermedio tempore consequenter ad vsucapionem computato, quod nec intermedium fuisse vllum intelligitur. Immo & sola spes futuri heredis sufficit vt ante aditam quoque hereditatem vsucapio impleri possit dummodo per intermediam alterius possessionem non interrumpatur *dict.l.qui cum* 6.*§.vlt. pro emptor.* Itaque non quæ ratio impedire poterat ne captiuo ipsi procederet vsucapio, si ab hostibus rediisset, eadem heredi nocebit captiuo apud hostes defuncto. Et hoc quoque nullam videtur inter Iureconsultos dissensionem habuisse. Nihil enim vnquam interfuit an hereditas vel ciuis romani per legem duodecim tabularum, vel captiui per legem Corneliam induceretur, Sed quod Paulus subiicit de captiui seruo qui aliquid emerit in ciuitate dissentientes habuit Iulianum & Marcellum. Nam Iulianus distinguebat fictionem postliminij à legis Corneliæ fictione. Domino reuerso dicebat intelligi vsucaptum, quod seruus emisset, ac tenuisset, Domino autem non reuerso sed apud hostes defuncto, fatebatur posse dubitari an per legem Corneliam ad successores eius pertinere posset, atque ita procliuior in id erat, vt non putaret pertinere. At Marcellus contendebat, immo verò fictionem legis Corneliæ pleniùs accipi posse quàm fictionem postliminij. Quemadmodum enim postliminio reuersus, inquit, plus iuris habebit in his quæ serui egerunt quàm in his quæ per se vel per seruum possidebat cùm ad hostes peruenit? Atqui in iis quæ ipse per se vel per seruum possidebat, certum est interpellatam fuisse vsucapionem per captiuitatem, vt diximus initio huius illationis. Ergo & multò magis dicendum est non posse vsucaptum intelligi, quod durante patris vel domini captiuitate seruus vel filius emerit. Scilicet non ex causa peculij, secundum cã Papiniani distinctionem de qua suprà diximus ex *l.iusto* 44.*§. vlt. eod.tit.* Alioqui Marcellus non tantùm cum Iuliano sed etiam cum Papiniano pugnaret. Ratio autem Marcelli eadem fuit quæ Papiniani, quòd hoc casu persona nulla sit quæ possit videri vnquam possedisse, Non serui, qui vtique non magis capax est possidendi quàm sibi acquirendi, cùm possidere nihil aliud sit, quàm sibi & animo domini habere vt Theophilus in institutionibus definit, Non domini vel etiam patris, quia nihil possidere potest qui ipse ab alio possidetur *dict. l. cùm heredes* 23. *§.*1. *De acquir. possess.* Porrò prius est vt quod dicitur vsucaptum fuerit possessum ab aliqua persona, cùm non magis possit vsucapio esse sine possessione, quàm possessio sine persona possidentis, quomodo vi ipsa ratiocinatur Papinianus in *d.§.vlt.* Estque tam aperta

L. Pōponius 13.§.quæsitũ D. de acq. poss.

Dissensio Iuliani à Marcello.

d.l iusto 44. § vl. D. De vsucap.

hæc ratio vt nec probabile sit contrà putasse Iulianum,sed potiùs cùm de vsucapione tractauit eius rei quæ per captiui seruum vel filium quæsita sit in ciuitate,de illa re sensisse,quæ fuerit empta, vel aliter acquisita ex causa peculiari, De qua etiam senserunt cæteri Iureconsulti quoties dixerunt,eos qui in captiui potestate fuerunt vsu adquirere rem posse vt in *l. ait prætor* 23. *§. hi planè D. ex quib. caus. maior.* Nec nouum est in Marcelli ad Iulianum, & Pauli ad Papinianum & Labeonem notis obseruare quanto illi studio contradicendi reprehenderint tanquam aliquo casu falsa quæ Iulianus,Labeo & Papinianus præcipui iurisprudentiæ nostræ coriphæi alio sensu dixerant,& vt ad alios casus accõmodarentur.Sed pergamus Marcelli notam explicare. Iam probauit fictionẽ postliminij facere non posse vt quod captiui seruus emit,ex causa videlicet nõ peculiari,reuerso domino vsucaptum intelligatur,quia vt diximus,persona nulla est quæ durante captiuitate possit videri possedisse, & vsucepisse. Superest probandum,quod Iulianus,quamuis dubitando, negabat pleniùs accipi posse legis Corneliæ fictionem,si fortè dominus hic cuius seruus emerat dum esset dominus in captiuitate constitutus,apud hostes decesserit. Hoc verò Marcellus probat ea ratione,quòd receptum sit hereditatem in quibusdam vice personæ fungi, Vt nimirum inferat,illud quoque multò facilius recipi posse, vt iacente hereditate vsucapio nontantùm compleatur quæ iam inde viuo defuncto fuerat inchoata,sed etiam inchoetur, quàm vt durante domini vel patris captiuitate. Nam si quis pro Iuliano contra Marcellum replicet,Hereditatem non in omnibus vice personæ fungi, in iis scilicet quæ facti magis quàm iuris sunt,cuiusmodi est possessio ex *d. l. 1. §. Scæuola D. si is qui testa. lib. ess. iuss.* iunct. *d. l. denique* 19. *D. ex quib. caus. maior.* Duplicabimus pro Marcello, Hanc rationem facere duntaxat vt non possit dici in proposita specie,inchoari vsucapionem ipso iure cũ iacet hereditas,quod & Papinianus,quoque sensit solam merámque iuris rationem secutus in *l. præscriptio* 45. *§. 1. eod. tit. De vsucap.* At non etiam vt iure singulari non idem recipi debuerit,quomodo receptum esse fatetur idem Papinianus in *d. l. iusto §. nondum*: cùm tamen non similiter iure singulari etiã illud recipi potuerit,vt durante domini captiuitate posset procedere vsucapio eius rei,quã seruus vel filiusfamilias ex causa nõ peculiari tenuisset, Nẽpe quia minùs receditur à iuris ratione cũ permittitur vsucapio fauore hereditatis quæ vicẽ personæ in quibusdã gerit,quàm si permittatur fauore captiui,qui captiuitatis tempore neque personam vllam habere, neque habuisse vnquam intelligitur,scilicet si agatur de re non peculiari. Nam in re peculiari meliorem esse captiui quàm hereditatis condicionem diximus præcedente illatione ex eodem Papiniano in *d. l. iusto §. vlt.* iunct. *l. seq. §. 1.* Et dissimilitudinis ratio illa adferri potest,quod vsucapio rei peculiaris minùs exigere videtur personam aliquam domini,cuius nec exigit scientiam,nisi probabilius quis putet,quod facilè admitterem,Marcellum in hoc ipso quod fauorabiliorem esse vult causam hereditatis quàm captiui,non solùm à Iuliano, sed etiam à Papiniano apud quem Iuliani autoritas plurimùm semper valuit, dissensisse illud sanè certum est in postremis illis Marcelli verbis *ideóque in successoribus locum non habere vsucapionem* abundare negationem,quæ & ob eam causam notis interclusa est vt solẽt esse cæteræ irreptitiæ dictiones,quod etiam Cuiacius bene docuit,quia Marcelli sententia proculdubio illa est, vt in successoribus illius qui

l. ait prætor 23. §. hi planè D. quib. ex caus. maior.

l. præscriptio 45. §. 1. D. de vsucap.
d. l. iusto §. nondum eo.

Marcellus emendatus.

qui apud hostes decessit locum habeat vsucapio eius rei, quam captiui seruus pendente postliminij iure comparauerit. In quo tamen constituenda differentia est inter seruum & filiumfamilias comparantem. Nam in seruo procedit sententia Marcelli, in filiofamilias verò quod Papinianus contrarium scribere videtur in *d.§.vlt.l.iusto*, Si filius qui patrem captiuum habebat interim aliquid emerit in ciuitate, & ibi pater postea decesserit, filium posse dici & possedisse & vsucepisse non aliis successoribus patris si fortè fuerat ille in paterno testamento ante captiuitatem facto exheredatus aut ex parte tantùm institutus, sed sibi ipsi quia captiuitatis tempora ex quo die pater captus esset morti iungerentur, atque ita post mortem patris facta per filium emptio videretur, & consequenter eo tempore quo filius iam paterfamilias ac proinde acquisitionis capax intelligeretur. Quamquam ratio hæc ostendere videtur non obscurè, nec in eo casu quem Marcellus tractat, facilè admissurum fuisse Papinianum vt defuncti captiui successoribus procederet vsucapio. Alioqui non filio sed patris successoribus omnibus secundum Marcelli sententiam ea vsucapio prodesse deberet, Nisi quis pro Marcello respondeat quod sanè verius est, apud Papinianum nihil tractari posse de hereditate, superstite scilicet suo herede qui statim & ipso iure sit heres *l.in suis* 11.D.*de liber. & posthu.* Tunc enim quæstioni locus fit de hereditate ac de seruo hereditario, cùm vel filius nullus est, vel tantùm posthumus speratur vt alibi suprà diximus ex *l.penult.*D.*de captiu. & postlim.* Postremo apud Marcellum ne quid prætermittamus notatu dignum illud est, quod in illis verbis *nam hereditatem* dixit *nam* pro *sed.* quod & aliis quibusdam iuris nostri locis similiter vsurpatum esse nonnulli ex recentioribus interpretibus obseruarunt.

Differentia inter filium familias & seruum. d. l. iusto §. vlt.

ILLATIO XXIX.

POstremo ad hoc Principium referenda sunt quæcumque de postliminij potestate in libris nostris scripta legimus, vt in specie *l.item Labeo* 22.*§.vlt. cum l.seq. D.famil.ercisc.*

PRINCIPIVM IX.

De fictione legis Corneliæ De captiuis.

FIctio legis Corneliæ de captiuis iungit morti tempora captiuitatis vt ciuis romanus ab hostibus in bello captus, & apud eos defunctus, quamuis reuera seruus hostium decesserit, perinde tamen habeatur acsi in ciuitate, aut saltem ante seruitutem decessisset, nec minùs habere possit & hereditatem & heredem *l.iusto* 44.*§.vlt.D.de vsucap.l.in omnibus* 18.D.*de captiu. & postlimin.* vbi Vlpianus generaliter scribit, In omnibus iuris partibus eum qui ab hostibus reuersus non est, quasi tunc decessisse videri cùm captus est. Etsi autem valde generalis hæc sententia est, nihil tamen aliud facere lex Cornelia voluit nisi vt captiuorum hereditates induceret ac confirmaret ad hoc vt heredem habere possent, quoniam lex duodecim tabularum quæ prima & in tempus vsque legis Corneliæ sola hereditates induxerat & confirmauerat, non de aliis heredi-

L.iustò 44. §.vlt.D.de vsucap.l.in omnibus 18. D. de capt. & postlim.

L. verbis legis 120. l. lege obuenire 130. De verb. signific. l. 1. D. ad leg. Falcid. l. 3. in fin. De verb signif. l. Lex Cornelia 28. D. de vulg. & pup subst.

tatibus locuta fuerat quàm quæ essent ciuium romanorum *l. verbis legis* 120. *l. lege obuenire* 130. *De verb. signific.* sicut & lex Falcidia cuius verba referuntur in *l. 1. D. ad leg. Falcid.* Atqui constat ciues romanos qui ab hostibus capiuntur non solùm amittere ciuitatem sed etiam libertatem cùm re vera fiant serui hostium. *l. 3. in fin.* D. *de verb. signific.* Noua igitur lege opus fuit vt captiuorum hereditates confirmarentur, siue legitimæ siue testamentariæ *l. lex Cornelia* 28. *D. de vulgar. & pupill. subst.* in cuius fine ob hanc causam lex Cornelia opponitur legi duodecim tabularum, quoniam in illa specie si lex Cornelia locum haberet, alii deferret hereditatem quàm cui lex 12. tab. fuisset delatura.

ILLATIO I.

De confirmandis captiuorum testamentis in ciuitate factis.

L. lege Cornelia 12. D. qui testam. facer poss.

EX hoc Principio illud primùm fit, quod Iulianus scribit in *l. lege Cornelia* 12. D. *qui testam. facer. poss.* lege Cornelia testamenta eorum qui in hostium potestate decesserint perinde confirmari acsi hi qui ea fecissent in hostium potestatem non peruenissent. Nec enim potuerunt testamentariæ hereditates cõfirmari, quin testamenta ipsa in necessarium antecedens confirmarentur. Cúmque nihil maius aut honorificentius à lege datum sit ciui romano darive potuerit quàm ius faciendi testamenti, quod ipsum nihil aliud est quàm ius cõdendæ legis, vt suo loco docuimus, consentaneum certè fuit legem Corneliam in eum præcipuè finem latam ne captiuitatis metu ciues romani à bellicis periculis vltro subeundis deterrerentur, id maximè constituere quod testamenta confirmare posset, quæ captiuitas omnino irrita fecisset. Quinimo multò maior potestas effectúsque est confirmationis testamenti, quàm hereditatis, Cùm enim de hereditatis tantùm non etiam de testamenti confirmatione agitur, sola captiui hereditas confirmatur. At cùm captiui testamentum aliquod est quod lex Cornelia confirmat, non tantùm ipsius captiui hereditas per legem Corneliam confirmatur, sed & omnes hereditates, quotquot ex eo testamento ad alium quàm ad ipsius captiui heredem fuerant peruenturæ si ab hostibus captus ille non fuisset, vt Iulianus scribit in *d. l. lege Cornelia* & apertius in *d. l. lex Cornelia* 28. *De vulg. & pupill. substit.* vbi ex hoc infert ille, Si pater qui sibi & filio testamentum in ciuitate fecerat, postea captus ab hostibus in eorum potestate decesserit filio impubere relicto in ciuitate, & is intra tempus pubertatis decesserit, hereditatem ad substitutum pupillarem pertinere, perinde acsi pater in hostium potestatem numquam peruenisset. Id enim consequens est ei quod prudentibus placet, patris & filij vnicum esse testamentũ quamuis duæ sint hereditates *l. paterfamilias* 28. D. *de reb. autor. iudic. possid. l. 2. §. prius autem De vulg. & pup subst.* aut si quis velit dicere duo esse testamenta quodammodo vt loquitur Iustin. in *§. igitur instr. De pupill. substit.* post Vlpianum in *l. 1. §. 1. D. si cui plus quàm per leg. Falcid.* fatendum saltem est duo illa pro vno haberi nec tantùm ciuili iure sed etiam prætorio *l. patris* 20. *in princ.* *D. eod.* cùm secundæ tabulæ principalium partem obtinere videantur. *l. penult.* iunct. *l. 2. §. ad causam D. testam. quemadm. aper.*

d. l. lex Cornelia 28. D. de vulg. & pupill. subst.

L. paterfamilias 28. D. de reb. autor. iud. possid. l. 2. §. prius autem De vulg. & pupill. subst. L. 2. §. ad causam l. penult. D. testam. quem aper.

ILLATIO II.

De seruo instituto per dominum defunctum apud hostes.

SEcundò ex eodem Principio fit quod Iulianus subiungit in *d.l. lege Cornelia* Si quis facto in ciuitate testamento seruum suum heredem scripserit ac postea in hostium potestate decesserit liberum & heredem fore hunc qui fuit institutus,& quidem,inquit,seu velit seu nolit, licèt minùs propriè necessarius heres dicatur, Siquidem necessarius dici non potest is, qui non fuit in morientis potestate §. 1. *De hered. qualit. & differ.* Non potest autem fieri vt quis in potestate sit eius qui ipse non in sua, sed in hostium potestate est *l. sic eueniet* 21. *D. ad leg.* Iuliam *de adulterijs l. cùm heredes* 23. §. 1. *D. de acquirend. possess.* Eadémque ratione fit quod ibidem Iulianus addit filium eius qui in hostium potestate decesserit inuitum hereditati paternæ obligari, quamuis suus heres dici non possit, qui in morientis potestate non fuit. Nam nec suus heres quisquam esse potest, qui non fuerit in patris potestate eo tempore quo pater mortuus est. *l. scripto* 7. *D. vnd. liber. l. vltim.* D *de collation.* Itaque valde singulares ac notandi videntur duo hi casus in quibus fit heres inuitus is qui tamen propriè neque suus neque necessarius dici possit. Nec sanè aliam rationem habent, quàm quòd ex legis Corneliæ potestate confirmato testamento in quo filius aut seruus fuerat institutus, non magis debeat esse in arbitrio filij vel serui destituere testamentum per hereditatis repudiationem, quàm si testator in ciuitate decessisset: Alioqui non perinde lex Cornelia testamentum captiui confirmaret, atque lex duodecim tabularum confirmat testamenta ciuium romanorum, quod tamen vnicum legis Corneliæ propositum fuit. Dices, Cur non ergo perinde lex Cornelia facit vt & filius sit suus heres patri, & seruus necessarius heres domino sicuti facit vt sit vterque inuitus? Respondeo non potuisse legem Corneliam facere vt reuera non sit seruus hostium quisquis ab hostibus captus fuit, nec proinde vt suum aut necessarium heredem relinquere potuerit captiuus qui neminem habuit in potestate. Sed debuisse legi sufficere, quod inuitum heredem faceret illum etiam qui tamen neque necessarius neque suus esset. Cùm ad confirmationem testamenti illud tantùm requiratur, vt heredem aliquem testator habeat, non etiam illud vt is necessarius heres sit aut suus. Lex autem Cornelia nihil aliud egit, nisi vt captiuo & hereditatem induceret aliquam siue testamentariam siue legitimam & heredem *l. filiusfamilias* 18. *D. ad leg. Falcid.* Nam in eo iure constituendo, quod ab ipsa iuris ciuilis ratione, tantopere abhorreret, curandũ fuit quod aliàs semper curare ciuilis legislator solet, vt nihil noui inducatur, nisi quantum necesse est ad eum effectum consequendum, quem ob oculos lex habet intuitu alicuius æquitatis, quod & in omnibus inducendis fictionibus adhiberi temperamentum solet, ne vnquam nisi ex necessitate inducantur, & consequenter non nisi quatenus eadem ipsa necessitas cogit, in proposito autem casu visa est necessaria fictio, propterea quòd citra fictionem non potuisset lex Cornelia dare captiuo, & hereditatem & heredem, quin violasset nimis apertè aut ius gentium si constituisset vt qui in captiui-

d. l. lege Cornelia 12. *D. qui testam. facer. poss.*

l. scripto 7. *vnd. liber. l. vlt. D. de collat.*

Cur minor sit potestas legis Corneliæ quàm legis 12. *tab. in faciendo suo herede, & necessario.*

l. filiusfamilias 18. *D. ad leg. Falcid.*

tate defunctus esset, nihilominùs liber ciuisque perpetuò mansisse crederetur, cùm iure gentium inductis bellis necessarium quoque fuerit induci & captiuitates & seruitutes, Aut ius etiam ipsum ciuile, si eius qui reuera seruus decessisset hereditatem aliquam & heredem induci permisisset. *d.l.3. in fin. D. de verb. signific.* Quare sicuti faciendum fuit vt captiuus decessisse ciuis fingeretur, ne ius ciuile violaretur, ita & vt qui in hostium potestate decessisset, prima captiuitatis hora decessisse retrofingeretur, ne quid contra ius gentium à ciuili legislatore constitutum videri posset.

L.3. in fin. D. de verb. signific.

ILLATIO III.

De danda patrono bonorum possessione contra tabulas liberti apud hostes defuncti.

TErtiò ex eodem Principio fit vt si libertus captus ab hostibus ibi decesserit patrono quoque bonorum possessio contra ipsius tabulas danda sit, propter legem Corneliam quæ testamentum sic confirmat atque si in ciuitate testator decessisset. Hanc enim rationem Paulus reddit in *l. si necem 4. §.1. D. de bon. libert. quamuis*, inquit, *liberti appellatio hunc non tangat.* Cur verò non tangit? Quia libertus dici non potest qui liber non est. Hic autem ex quo die in hostium potestatem peruenit seruus eorum fuit, Adeò vt si in ciuitate non libertus sed seruus fuisset, domino tamen suo per captiuitatem amissus esset *l. si seruus 16. D. de interrog. in iur. faciend.* At quænam ratio ista est vt testamentum quod libertus in ciuitate fecerat ideo rumpi possit per bonorum possessionem contra tabulas patrono dandam, quia per legem Corneliam fuerit confirmatum? Nempe quia bonorum possessio contra tabulas licet contra lignum esse dicatur, non aliter tamen dari potest quàm si tabulæ tales sint, ex quibus vel adiri hereditas iure ciuili, vel bonorum possessio secundum tabulas peti iure prætorio potuerit *l. quod vulgo 19. D. de bonor. poss. contr. tabul.* Atqui ex tabulis eius qui hostium seruus decessisset, non magis posset peti bonorum possessio iure prætorio, quàm adiri hereditas iure ciuili, nisi lex Cornelia captiui testamentum confirmaret, quia non minùs prætor in danda bonorum possessione quàm ciuilis legislator in deferenda hereditate testamentaria exigit vt testator vtroque tempore & testamenti & mortis habuerit ius faciendi testamenti *l. 1. §. exigit D. de bonor. possess. secund. tabul.* non potest autem habere testamenti factionem is qui seruus hostium factus fuit. At illud magis mirum videri potest, cur prætor det bonorum possessionem siue secundum siue contra tabulas captiui, cùm lex Cornelia vt diximus non confirmet testamentum nisi ad hoc vt faciat, & hereditatem & heredem, bonorum verò possessor heres non sit, sicut nec bonorum possessio hereditas: nec enim prætor heredem facere potuit *§. quos autem infr. De bonor. poss.* nec rursus lex Cornelia bonorum possessorem. Sed dicendum est confirmato per legem Corneliam testamento licèt ad eum finem vt & hereditatem faciat & heredem, non etiam vt vel bonorum possessionem inducat, vel bonorum possessorem, nihil iam prohibere quominùs ex eo testamento possit prætor dare bonorum possessionem siue secundum tabulas siue contra tabulas, quia scilicet Prætoris officium & institutum est, vt non minùs legis Corneliæ quã testa-

L. si necem 4. §.1. D. de bon. libert.

l. si seruus 16. D. de inter. in iur. fac.

l. quod vulgo 19. D. de bonor. poss. contr. tab.

l. 1. §. exigit D. de bonor. poss. sec. tab.

§. quos autẽ infr. De bonor. poss.

testatoris voluntatem subsequatur, quomodo eleganter loquitur Papinia. in *l. pater 10. §. 1. De captiu. & postlim.* Optima igitur & elegans consecutio illa est, vt testamentum liberti apud hostes defuncti possit rumpi per bonorum possessionem contra tabulas patrono dandam, quia tale testamentum per legem Corneliam confirmatur. Non enim posset rumpi quod iam per captiuitatem irritum & nullum factum esset *l. 5. vers. post defectum* D. *de iniust. rupt.* An ergo ideo tantùm confirmatur per legem Corneliam vt rumpi possit? Immo vt valeat, & defuncti voluntas exitum, si fieri poterit, sortiatur. Nec enim certum est ruptum iri si fortè patronus bonorum possessionem contra tabulas petere, vel nolet, vel non poterit aliqua de causa. Testamētum enim quod si valeret omnimodo rumperetur, numquam per legem Corneliam confirmatur, vt ex sequenti illatione apparebit.

L. pater 10. §. 1. De captiu. & postlim.

l. 5 vers. post defectum D. de iniust. rupt.

ILLATIO IV.

De testamento illius qui vxore prægnante relicta decessit apud hostes.

QVartò ex eodem Principio fit quod Iulianus scribit in *l. bona 22 §. vlt.* D. *de captiu. & postlim.* Siquis cùm prægnantem vxorem haberet in hostium potestatem peruenerit, & nato deinde filio ac mortuo ibi decesserit, eius testamentum nullum esse, id est per legem Corneliam non confirmari, cùm tamen sine legis Corneliæ confirmatione valere non possit, non solùm tanquā quod viuo adhuc testatore irritū factū sit per captiuitatem, *l. 6. §. irritum D. de iniust. rupt.* sed etiam quia testamenta omnia sunt nulla sui natura & inutilia nisi quatenus per legem confirmātur, cùm sola lex tribuat ius & facultatem testandi. Atqui testamentū hoc, neq; per legē 12. tab. confirmatur, quia factum fuit irritum per captiuitatem, neque per legem Corneliam. Hoc ipso igitur nullū illud esse necesse est. Ideo autem per legem Corneliam non confirmatur, quoniam, vt Iulianus ait, etiam illorū qui in ciuitate manserunt, testamenta hoc casu rūpuntur, id est sui heredis præteriti agnatione. Sensus est, Non alia testamenta per legem Corneliā cōfirmari, quàm quę ob eā duntaxat causam ex lege duodecim tabularum confirmari nequeūt quòd captiuitas fecerit ea irrita, quódque testator non habuerit mortis quoque tempore factionem testamēti. Cur enim cætera confirmaret, quæ nec si captiuitas nulla intercessisset, confirmari tamen ex lege duodecim tabularum potuissent? An fortè debuit admitti vt testamentum quod etiam defuncto in ciuitate testatore omnimodo inualidum ex qua alia causa futurum erat, melioris fieret condicionis ob id solùm quod iuncta captiuitatis ratio irritum illud fecisset? Atqui testamentum in quo præteritus fuit posthumus suus qui postea natus fuerit omnimodo ruptum esset agnatione sui heredis etiamsi testator in ciuitate mansisset *l. 1. & tot. tit. De iniust. rupt.* Nulla ergo ratio est cur per legem Corneliā confirmetur. Dices, Ruptum igitur testamētum dici debere nō nullum. Nec enim agnatio sui heredis prętériti facit nullum & iniustum, sed rumpit. Respondeo non potuisse rumpi hoc de quo agimus, cùm ante posthumi natiuitatē captiuitas patris iam irritū illud fecisset. Rumpuntur enim illa demum testamenta quæ valēt, & quæ alioquin id est si non rumperentur confirmanda essent per legem duodecim tabularum. In quo numero non continentur ea quæ viuo testatore irrita iā facta

L. bona 22. §. vlt. D. de captiu. & postlim.

sunt,immò nec ea quæ moriente testatore in ea causa reperiuntur,vt rumpi aliquando possint puta quandiu posthumus speratur,quamuis ventrem plenũ esse certò nesciatur *l.ventre 84.in princip.D.de acquir.hered.* Cæterùm quod testamentum viuo testatore ruptum,vel irritum factum est, ruptúmque, vel irritum ob eam causam dici debuit,mutat nomẽ mortuo testatore,incipítque nullum dici,vt reuera est,quia cùm quærimus an defuncti hominis aliquod testamentum sit non de illo disputamus an aliquod aliquando fecerit,sed de illo tantùm,An cum aliquo testamento decesserit.Nullum enim testamentum esse potest illius qui sine testamento decesserit.Atqui non potest videri cum testamento decessisse is cuius adhuc viuentis testamentum semel ruptum,vel irritum factum fuit si non ex noua voluntate alióve iure conualuerit: Verum igitur est testamentum ipsius nullum esse licèt aliquando fuerit, Præsertim verò quia vt iam attigimus,nec testamentũ vllũ esse potest quantumuis sollenne integrũ & intactũ,nisi quod per legem confirmetur,quandoquidem sine legis auxilio fieri nequit,vt defuncti hominis,qui iam nullus sit voluntas aliqua supersit. Atqui testamentum quod viuo testatore ruptum,vel irritum factum est confirmari per legem non potest,quippe quod eo tempore,vt diximus, iam nullum amplius sit,maximè cùm ex causa captiuitatis irritum factum fuit, & apud hostes testator decessit, quia in confirmandis testamentis illud potissimùm inspicere lex solet, an testator mortis tempore habuerit testamenti factionem. Testamentum igitur post mortem testatoris non iam ruptum aut irritum,vt antea,sed nullum dicendum est,cùm neque per legem duodecim tabularum,neque per Corneliam confirmetur.Etsi videnda sunt in hanc rẽ quæ de posthumo Corneliano quamuis paullò aliter scripsimus ad Iauolenum in *l.qui vxorem 15.D.de iniust.rupt.li.10.Coniect.cap.9.& duob.seqq.* Nec est contrarium quod proxima illatione diximus,fieri nõnumquam,vt idem testamẽtum & ex lege Cornelia confirmetur, & nihilominùs rumpatur, vt in specie *d.l.4.§.1.De bon.libert.* Aliud enim est testamentũ rũpi posse,vt in illo casu, Aliud verò iã ruptum esse,vt in eo de quo disputamus. Quod rũpi potest,si nondum ruptum sit per bonorũ possessionem contra tabulas,vtique per legẽ Corneliam cõfirmari potest,quia potest etiã nõ rũpi.Nec minor est potestas legis Corneliæ in cõfirmando captiui testamento,quàm legis duodecim tabularum in confirmandis ciuiũ testamentis.Porrò lex 12.tab.non eo minùs confirmaret testamentum ciuis romani,quòd fieri posset,vt rumperetur petita contra tabulas bonorum possessione,quia eo modo rumpitur non ciuili iure quod solum lex duodecim tabularum agnoscit & inducit,sed iure prætorio, neque rursùm solius iuris potestate,sed extrinseco hominis facto cõcurrẽte.Ergo nec eo minùs per legẽ Corneliã cõfirmari poterit captiui testamẽtũ quod in eo statu reperiatur,vt per bonorũ possessionẽ cõtra tabulas rũpi aliquo casu possit, Neq; illa tãtùm ratione quòd certũ nõ sit omnimodo ruptũ iri cùm multa possint interuenire quę faciãt ne rũpatur,vt diximus,sed illa etiã quod prius sit vt testamentum per legem,siue 12. tabularũ,siue Corneliam cõfirmetur quàm vt per bonorũ possessionẽ cõtra tabulas rũpi possit,quãdoquidẽ,neq; ante confirmationẽ,id est viuo adhuc testatore bonorũ possessio cõtra tabulas dari potest, neq; posteaquàm testamẽtũ cõfirmari posse desiit, quod euenit si in ipso mortis instãti per legẽ nõ cõfirmetur(quoties causa nulla subest quę cõfirmationẽ protrahat in lõgius tẽpus,vt in *l.1.§.sciendũ l.2.§.proximum D.de suis & legit.*) quia

L.vẽtre 84. in princ. D. de acquir. hered.

Testamentũ nullũ esse potest nisi quod per legem confirmatur.

L.4 §.1. D. de bo.libert.

L.1.§.sciẽdũ l.2.§.proximum. D de suis & legit.

quia bonorũ possessio cõtra tabulas licèt dicatur esse cõtra lignũ, tamẽ nõ contra lignũ aliud est quàm quod sit tabularũ, vt nomẽ ipsum demõstrat, Tabularum verò nomen nõ merentur eæ tabulæ ex quibus nullo casu adiri hereditas iure ciuili, aut bonorũ possessio secũdũ eas iure prætorio peti possit *d. l. quod vulgo* 19. *D. de bon. pos. contr. tab.* cuiusmodi porrò cõstat esse tabulas testamenti quod nulla lege fuerit confirmatũ. Absurdũ igitur esset, implicarétq; contradictionẽ si quis diceret potestatẽ legis Corneliæ in cõfirmãdo captiui testamẽto impediri ex eo debere, quo aliquo casu testamẽtũ rũpi possit per cõtra tabulas, cùm nullo prorsus casu id euenire possit, quin fuerint tabulæ priùs cõfirmatæ. Longéq; diuersũ est, quod suprà diximus, testamẽtũ quod sui heredis præteriti agnatione rũpi potest, quãdiu in causa est cõfirmari interim per legẽ nõ posse *d. l. vẽtre* 84. *De ac. her.* Hoc. n. casu rũpitur testamentũ sola iuris potestate, non interueniente aliquo volũtario hominis facto, nisi quod posthumũ nasci necesse est, qui porrò cùm nascitur, & necessariò nascitur, & nascẽdo necessariò rũpit, & rũpendo necessariò succedit. Secũ autẽ ius pugnaret, si idẽ testamentũ & confirmaret, & euerteret, siue cõfirmatio præcederet, siue sequeretur, Quod nõ similiter cõtingit cùm testamẽtũ ex postfacto rũpitur, ob interueniẽs aliquod hominis factũ volũtariũ, quãuis tale illud sit cui legis quoque aut alterius iuris auxilium patrocinetur. Alioqui dicendum esset numquam per legem cõfirmatũ iri testamentum quod à filio immerẽter exheredato per inofficiosi querelam rescindi posset, cùm querela rescindat & rumpat testamentum: Neque rursus querelæ vnquam locum fore cùm querela non detur contra lignum, vt ea bonorum possessio, quæ ideò contra tabulas appellatur, sed contra heredem, & adita demum hereditate *l. Papinianus* 8. §. *si condicioni D. de inoff. testam. l. si quis filium* 34. *in fin.* C. *eod.* adiri autem hereditas non possit ex eo testamento, quod nondum lege aliqua fuerit confirmatum *l. si alienum* 49. §. 1. *D. de hered. instit.* At difficilius illud videtur, An in ea specie quam Iulianus tractat in *dicta lege bona* §. *vltim.* permittendum sit heredi, vt ex eo testamento possit petere bonorum possessionem secundum tabulas rémque obtinere. Id enim eueniret defuncto in ciuitate testatore, tametsi ruptum fuisset testamentem agnatione posthumi, qui modò patre viuo & natus & mortuus fuisset, Nempe post rescriptum D. Hadriani de quo in *l. posthumus* 12. D. *de iniust. rupt.* Sed non puto ad hunc casum extendi posse Hadriani constitutionem. Est enim multò fauorabilius testamentum, quod ruptum fuit duntaxat agnatione posthumi, subinde viuo adhuc patre defuncti, quàm quod per captiuitatem factum est irritum si in eodem statu testator decesserit. Siquidem fauor posthumi propter quem ita ius constitutum est, vt testamentum in quo fuerit ille præteritus, agnatione ipsius rumpatur, nullus amplius est posthumo priùs defuncto quàm de patris hereditate ac testamenti confirmatione tractari posset, Ideóque sola scrupulositas nimiáque subtilitas testamentum huiusmodi euertere videtur, vt loquitur Vlpia. in *dicta lege posthumus*, id est non fauor posthumi, non æquitas aliqua, cui scilicet fauor solus posthumi colorem dare potuisset, Non denique voluntas testatoris quẽ è contrario credibile est cùm post mortem posthumi aliud testamentum non fecerit, illud ipsum testamentum quasi ex noua voluntate valere, & à se confirmatum intelligi voluisse. At in ea specie quam Iulianus tractat, testamentum quod per captiuitatẽ irritũ factũ est, non potest in eadem causa non manere quandiu captiuitas durat, quam semper durasse ponimus mortuo testatore

d. l. quod vulgo 19. D. de bon. poss. contr. tab.

d. l. ventre 84. D. de ac. hered.

Querela nõ contra lignũ datur vt bonorũ possessio contra tabulas sed cõtra heredẽ.

d. l. bona 22. §. vlt. D. de captiu. & postlim.

l. posthumus 12. D. de iniust. rupt.

Differentia inter casum d. l. posthumus, & casum d. l. bona §. vlt.

apud hostes : accedénsque causa natiuitatis posthumi quæ testamentum ruptura omnimodo esset si nondum irritum factum esset , quamuis rumpere illud non possit quod iam irritum est ; non minoris tamen potestatis esse debet ad subuertendas vires testamenti quàm si rumperet , cùm soa estamenti infirmitate fiat ne rumpi possit. Ita fit vt cùm duplex causa sit euertendi huius testamenti, & tanquam irritandi, & tanquam rumpendi, quamuis ex vna causa iam euersum ex alia rursus euerti nequeat , eodem tamen iure censendum sit, quo si ex vtraque causa euerteretur, Hactenus saltem, vt minùs fauorabile credatur, quàm si eius subuertendi alterutra tantùm causa subesset. Neque rursum vt ex æquitate saltem conualescere debeat facere potest tacita voluntas testatoris qui cùm reuera seruus decesserit , neque velle habuit, neque nolle, tantum abest vt ius habuerit faciendi testamenti. Nulla igitur ratio est propter quam rescriptum Hadriani locutum de eo testamento quod non nisi posthumi agnatione ruptum sit debeat extendi ad testamentum quod & per captiuitatem irritum factum sit , & per natiuitatem posthumi rumpendum fuisset, si captiuitas præcedens iam irritum illud non fecisset. At nec illud Hadrianus fecit, vt bonorum possessionem secundum tabulas dare prætor debeat ex eo testamento quod agnatione posthumi præteriti viuo patre defuncti ruptum fuit, sed cùm ius prætorium ita sit comparatum, vt sufficiat tabulas septem testiũ signis signatas esse ac testatorem vtroq; tempore testamenti nimirũ & mortis factionem testamenti habuisse ad hoc vt prætor det bonorum possessionem secudũ tabulas, quamuis futurã sine re si legitimus heres ius suum exequi velit, & hereditatem ab intestato vindicare contra eum qui testamento siue iniusto, siue rupto, aut irrito facto fuerit institutus, hoc tantùm addidit & cõstituit Hadrianus, vt ea bonorum possessio secundum tabulas quam prætor pro sua iurisdictione dare debuisset omnimodo sit cum re & cum effectu, quomodo explicauimus pluribus *lib.9.Coniect.cap.15.* Ergo cùm ad illum duntaxat casum Hadriani rescriptum accommodari possit, quo bonorum possessionem secundum tabulas etiam citra rescriptum daturus fuerit prætor, intelligimus non similiter accommodari posse ad hunc de quo quærimus , in quo certum est prætorem numquam heredi scripto daturum bonorum possessionem secundum tabulas, Ex eo videlicet testamento quod proponatur factum ab illo qui mortis tempore factionem testamẽti non habuerit, id est qui decesserit apud hostes, nec legis Corneliæ potestate adiuuetur. Alioqui duo essent inducenda, Primùm illud vt rescriptum Imperatoris ad casum valde dissimilem produceretur, Alterum vt prętere bonorum possessionem secundum tabulas contra formam edicti dare ex serui testamento prætor iuberetur, quorum neutrũ tamen etiamsi maximè vrgeret æquitas, quæ, vt diximus, hîc nulla est, citra expressam Imperatoris constitutionem induci potest *l.1.C.de legib.* iunct. *l. prospexit 9. D.qui & à quib.manum.* Prius itaque esset, vt hoc testamentum captiui qui posthumum præteriisset lege Cornelia confirmaretur, quàm vt ex eo bonorum possessionem secundum tabulas prætor dare posset , sicut & prius illud vt ea bonorum possessio secundum tabulas à prætore daretur ex edicto, quàm vt ex Hadriani rescripto cum re esse posset. At quemadmodum testamentum quod quis in ciuitate fecisset in quo prętoriisset posthumũ deinde natum & ante captiuitatem patris defunctum, non ob id quod postea captus ab hostibus pater fuisset & apud eos decess-

Constitutio Hadriani de qua in d. l. posthumus quid fecerit.

L.1.C.de legib. l. prospexit 12. D.qui & à quib. manum.

decessisset, per legem Corneliam confirmari posset, quia neque per legem 12. tab. confirmatum fuisset si in ipso captiuitatis momento testator decessisset, Ita & fatendum est legem Corneliam non eo magis ad hoc testamentum pertinere posse, quòd testator priùs captus fuerit quàm posthumus, vel nasceretur, vel moreretur, quoniam semper verum est eo demum casu legis Corneliæ potestatem induci posse ad confirmandum captiui testamentum, quo potestas legis 12. tab. induceretur si nulla captiuitas interuenisset. Atqui siue viuo, siue mortuo patre natus fuisset posthumus præteritus, itémque mortuus, semel ruptum testamentum, per legem 12. tab. confirmari numquam potuisset. Immo nec per Hadriani rescriptum confirmatur, quia nemo bene dixerit rescripto illo factum esse, vt ex tali testamēto adiri hodie hereditas possit, cùm nihil de adeunda hereditate, at nec de bonorum possessione danda Hadrianus constituerit, sed fecerit tantùm, vt bonorum possessio cum re esse deberet, quę à prætore concederetur. Quanam ergo ratione possimus desiderare, vt testamentum hoc per legem Corneliam confirmetur? Hoc verò admisso, vt non confirmetur, quonam colore posset prætor ex testamento captiui bonorum possessionem secundum tabulas dare non dicam quæ cum re esse deberet, sed & quæ esset sine re? De quo etiam scripsimus *lib.* 10. *Coniect. cap.* 11. Esset autem speciei de qua Diuus Hadrianus rescripsit similior illa, in qua ciuis romanus post factum à se testamentum captus ab hostibus postliminio reuersus proponeretur. Tunc enim similiter eueniret, vt causa quæ testamentum viuo testatore irritum fecisset eodem viuo tolleretur, propter quod facilius esset, vt testamentum saltem ex æquitate conualescere defenderemus. Et sanè ita est, Cōualescit hoc casu testamentum, at nō ex æquitate, sed mero iure propter mirā illam de qua iam in præcedentibus tam multa diximus, postliminij potestatē, quæ cùm captiuitatis memoriam penitus deleat, necesse est vt faciat etiam ne testamentum hoc vnquam per captiuitatem irritum factum esse videatur *l. si quis filio* 6. *§. penult. D. de iniust. rupt. & irrit. fact. testa.* Vbi tamen quod ex hoc infertur iis verbis *ergo & si quis damnatus capite in integrum indulgentia Principis sit restitutus, testamentum eius conualescet*, mihi valde suspectum est, neque puto ex ratione iuris defendi posse. Nam cùm per huiusmodi damnationem testamentum corruat fiátque irritum, non ex quo die is qui damnatus est consumptus fuit, sed ex die ipso sententiæ quæ damnatum hunc pœnæ seruum fecit, vt scriptum est in eadem *l.* 6. *§. sed & si quis* 6. quomodo fieri obsecro potest, vt cōualescat per solam in integrum restitutionem? Fateor restitutionem hanc, præsertim si plenissima sit, & facta iis verbis adiectis *in integrum* vt in *l.* 1. *C. de sentent. pass. & restit.* omnia restituere quæ condemnatio ademerat, & cōsequenter testamenti factionem quam habet ex lege quilibet hoc ipso quod & ciuis & paterfamilias est: Cùm etiam restituat bona quæ tamen nihil vetaret amissa manere etiam post recuperatam ciuitatem, si fortè restitutio minùs plena esset, nec bonorū mentio specialiter facta esset *l.* 2. 4. *&* 5. *eod. ti. C. de sentent. pass. & restit.* Sed nego esse bonam consecutionem si quis ex hoc inferat, testamentum igitur quod ante damnationem factum fuerat ipsa restitutionis potestate confirmari. In eo namque dispar postliminij & restitutionis potestās euidenter est, quod postliminium, vt diximus delet memoriam captiuitatis, indulgentia verò Principis restitutionem concedentis, non item. Immò è cōtrario quos liberat notat, nec infamiam criminis tollit, sed pœnę gratiam facit

L. si quis filio 6. §. pen. de iniust. rupt.

§. sed & si quis eiusd. leg.

l. 1 C. de sen pass. & resti.

L. 2. 4. & 5. eod. tit.

L.vlt. C.de gener.aboli.

vt eleganter scriptum est in *l.vlt C.de gener.abolit.* Neque verò fieri vllomodo potest, vt testamentum quod semel irritum factum fuit, vnquam conualescat, nisi legis alicuius & iuris potestate idipsum inducatur, & longè aliud est in integrum restitui ex Principis indulgentia eum, qui fuerat condemnatus, & restitui testamentum ipsius: Quid enim necesse est, tam apertam hac in re vim fieri legibus, cùm is qui restitutus est aliud exinde testamentum facere possit, si velit? Minùs siquidem subueniri solet ei qui testamentum mutare potuit si voluisset, quoties de testamenti quod aliquo casu defecerit sustinendi æquitate disputatur, vt in specie *l.tractabatur* 14. *D.de testam.milit.* etsi de sententia illius loci videnda sunt, quæ scripsimus *lib.*18. *Coniect.cap.*13. Sed etsi placeat militem capite damnatum nihilominùs retinere ius faciendi testamenti iure militari post rescriptum Diui Hadriani de quo Vlp.in *d.§.sed & si quis*, dubitandum tamen non est, quin à milite quoque factum ante sententiam testamentum irritũ fiat per pœnã & reficiẽdũ sit, præsertim si factũ fuerat iure cõmuni, quãuis militi hactenus indulgeatur, vt sufficiat quod velit valere ad hoc, vt ex integro iure militari testatus fuisse videatur, vt ibidẽ Vlpianus ait. Quanto igitur magis reficiẽdũ est testamẽtũ pagani quod ille ante pœnã capitalẽ fecerit, quãuis aduersus pœnã postea sit restitutus? Itaq; nisi me fallo totus hic versiculus Triboniani est respicientis fortasse ad Cõstantini cõstitutionẽ in *l.vlt.C.de sent.pass. & restit.* in qua generaliter constituitur, vt sicuti deportatio ac multò magis pœna capitis rerum omnium spoliatio est, ita indulgentiæ restitutio, aut potiùs, vt scribendum erat, indulgentia restitutionis, amissorum omnium sit recuperatio. Quãquã nec video quid ex eo inferri possit pro testamẽto quod interciderat, restituendo. Aliud enim est restitui personam, eámque recuperare omnia quæ amiserat, Aliud verò restitui testamentum, & recuperare vires quas amiserat. Prius verum est, at posterius falsum: nec vlla in tota ea constitutione mentio fit testamenti quod per eiusmodi restitutionem conualescat: Sed neq; condemnationis illius per quam fiat quis seruus pœnæ, sed tãtùm deportationis, quæ tamen licèt testamentum perinde destruat hoc ipso quod adimit ciuitatem, minùs nocere solet in plerisque quàm ea pœna per quã seruitus irrogatur, vt sæpius à nobis dictum est in præcedentibus ex *l.intercidit* 59. *D.de cond. & demonst.* At sanè multò difficiùs est, vt per in integrum restitutionem conualescat testamentum illius qui propter pœnam semel habitus fuerit pro mortuo, quàm deportati qui ciuis quidem esse desinit, sed non ideo tamen absolutè pro mortuo habetur. Etsi nec deportati magis quàm eius qui per condemnationem seruus pœnæ effectus est, testamentum conualescere posse puto, quantumcumque plena in integrum restitutio proponatur. Triboniani verò manum in toto illo §. prodere mihi videntur prima illa verba *quatenus tamen diximus.* Quatenus enim pro quia, vel pro *quod* neque latinè dicitur, neque à Iureconsultis nostris qui tam elegantes & tersi fuerunt dictum vnquam esse possum mihi persuadere.

l.tractabatur 14. *D.de testa.milit.*

Tribonianismus in d.§.pen.l.6. de iniust.rupt. L.vlt C.de sent.pass.& restit.

L.intercidit 59. *D.de condic. & demonstr.*

ILLATIO V.

De codicillis ab intestato factis per filiumfamilias de castrensi peculio.

L.filiusfamilias 18. *D.ad leg.falcid.*

QVintò ex eodem Principio pendet explicatio *legis filiusfamilias* 18. *D.ad leg.falcid.* vbi Paulus tractat elegantem speciem pertinentem ad hunc de

lege

lege Cornelia tractatum. Filiusfamilias, inquit, qui militauerat decedens patris sui fidei commisit in codicillis, vt peculium suum castrense Titio post mortem restitueret. Quærebatur, an vt heres quartam deducere possit, Ratio dubitandi non illa erat, quòd quartæ deducendæ ius ab initio datum sit solis heredibus institutis, in proposito autem casu pater non fuerat institutus, cùm nullum esset factum testamentum, sed codicilli duntaxat, in quibus hereditatem directò neque dari, neque adimi posse constat (legis enim falcidiæ potestas sicuti per senatusconsultũ Pegasianum tracta est à legatis de quibus tantùm fuerat locuta, ad fideicommissa vniuersalia, quæ in testamẽto relicta essent *§. sed quia scripti heredes Inst. de fideic. her.* ita & per rescriptũ Diui Pij ab hereditatibus testamentarijs ad legitimas, & quidem propter fideicommissa tantùm, siue vniuersalia, siue singularia, nõ etiam propter legata, quæ scilicet ab intestato relinqui nulla possunt) Sed in proposita specie dubitationem illud faciebat, quòd nec hereditas vlla esset, id est neque testamentaria, quia testamentum nullum factum erat, neque legitima, quia quamuis permissum sit filiofamilias testari de castrensi peculio, & hactenus pro patrefamilias habeatur *l. 2. D. de SC. Maced. l. vlt. in princip. D. ad SC. Tertyll.* Si tamen testamentum nullum fecerit, peculium castrense remanet penes patrem non tanquam hereditas, sed tanquam peculium *l. 2. D. de castr. pec.* vbi quod magis est, facto etiam testamẽto peculiũ castrẽse pro hereditate haberi Vlp. ait, ita innuẽs minùs propriè dici eã hereditatẽ tùm quoque cùm factum est testamẽtum, in quo nimirum institutus sit pater. Instituto namque extraneo fieri nequit vt nõ sit propriè hereditas, cùm nec impropriè peculiũ dici possit. At instituto patre faciliùs fieri potest, vt peculiũ sit & maneat quale anteà fuit, nec fiat propriè hereditas, quãuis pro hereditate habeatur. Vnde & ab hereditate separatur, licet tãquam eodem tamẽ iure cẽsendum vt in *l. item veniunt* 20. *§. non solum* 10. *D. de petit. hered.* quia nihil noui acquirit pater ex testamento cùm æquè ab intestato peculium filij castrense fuerit habiturus Et quamuis idem Vlp. in *l. proponebatur 9. vers. dicebã de castrens. pecul.* scribat castrense peculium filiifamilias qui testatus decesserit quasi hereditatem deferri heredi scripto, siue extraneum ille scripserit heredẽ, siue patrem, quasi nihil omnino referat, an pater an extraneus sit institutus, Videtur tamen alia Pauli sententia fuisse, eáque non obscurè expressa in *d. l. filius familias*, iis verbis *quamuis placeret mihi extraneo herede instituto fieri hereditatem aditione eius*, quò etiam pertinet quod Papin. respondit in *l. si seruus communis 18. in princip. D. de stipul. seruor.* Cur enim de extraneo herede Paulus loqueretur, si in patre instituto idẽ admittẽdum putaret? Sed & cùm placeat Paulo hereditatem hoc casu non fieri nisi aditione, hoc est non priùs hereditatem esse incipere quàm adeatur, consequens est, vt patre instituto non possit fieri hereditas, quia nec pater eam adire potest, quandoquidem iure potestatis castrense peculium iam penes se habet, Ac siue nolit illud retinere, non potest videri hereditatẽ adire, qui repudiat peculium, siue iure suo vti velit, non potest adire, aut adeundo acquirere id quod iam suum sit, hoc ipso quod non vult suũ non esse, Exemplo eius quod de suis heredibus scriptum est in *l. in suis 11. D. de liber. & posthum. l. in suis 14. De suis & legit. l. 1. §. qui sunt in potestate D. si quis omis. cau. test.* Etsi in eo dispar est cõdicio patris & sui heredis, quod pater inuit⁹, vt castrẽse filij peculiũ retineat, nõ magis cogi potest, cùm à filio institutus fuit quàm si fili⁹ testamẽtũ nõ fecisset, neq; perinde necessari⁹ filij heres sit ex testamẽ

§. sed quia heredes inst. de fideic. hered.

l. 2. D. de castr. pecul.

l. itẽ veniũt 20 § non solum 10. D. de pet. here. l proponebatur 9. D de castr. pecul. d. l. filiusfamilias l. si seruus 18. de stipul. seruo.

In quo dispar sit condicio sui heredis & patris cuius filius reliquit castrense peculium.

to filij, atque filius idémque suus heres ex testamento patris. Hancque Pauli sententiam illud etiam probat, quod subiungit *nam cùm apud patrem remanet, ius pristinum durat, & peculium est*, quæ verba cùm sint generalia illum quoque casum comprehendunt, quo peculium remanserit penes patrem heredē à filio institutū. Quid enim necesse est cōtra regulas iuris inducere hereditatē filiusfamilias, cùm suo iure pater bona filij castrēsia retinere potest? Nā & cùm hereditas sit fictio, ius autem numquam inducat fictionem nisi ex necessitate, nihil causæ subesse videtur cur patre instituto à filiofamilias in peculio castrensi, debeat induci hereditas potiùs quàm si filius intestatus decessisset. Solóque illo casu subest necessitas hereditatis inducēdæ, quo extraneus à filio scriptus proponatur, quoniam alioqui non posset fieri, vt inuito patre bona filiifamilias castrensia ad extraneū peruenirēt. Cæterùm si cōtra Pauli sentētiā velit quis hereditatē inducere patre quoq; instituto, illud etiā paullatim dici incipiet: Mortuo etiā filio intestato idē admittēdū esse, cùm quisquis intestatus moritur cùm facere testamentū posset, hoc ipso tacitæ cuiusdā institutionis iure suā hereditatem ei relinquere intelligatur cui per testamentum aufferre potuisset *l. 3. in princip. l. conficiuntur* 8. D. *de iur. codicill. l. ab exheredati* 126. De *legat.* 1. Quibus rationibus ausim dicere si quid iudicij mei est, Pauli opinionem probabiliorem esse. Sequitur apud Paulum *nec huic contrarium est, quod in testamento eius qui apud hostes decesit, exercetur Falcidia.* Quod tamen videbatur esse contrarium rationi, qua Paulus dixerat in proposita quæstione legi Falcidiæ locum esse non posse, quòd neque vlla hereditas esset. Nam & qui apud hostes decedit cùm reuera seruus decedat, hereditatem nullam ipso iure habere potest, nō magis quàm alius seruus quilibet, quem constat nec quandiu viuit, personam vllam capútve habere intelligi: Et tamen non eo minùs verum est in eius testamento quod ante captiuitatem fecerat, legi Falcidiæ locum esse. Verùm bene respondet Paulus esse ista longè dissimilia, quoniam fictio legis Corneliæ & hereditatem facit & heredem. Nulla autem lex est, nulla fictio quæ filijfamilias intestati quantumuis castrense peculium habentis hereditatem faciat, nec consequenter heredem. Atqui certum est legem Falcidiam non nisi in hereditatibus & heredibus induci posse. Subinde tamen concludit Paulus se non dubitare, quin hoc quoque casu id est, defuncto filiofamilias intestato qui fideicommissum à patre reliquerit, beneficium legis Falcidiæ indulgeri patri oporteat, cùm nec alio iure aut colore bona filij sui castrensia Titio ex fideicommisso restituere cogatur, quàm quasi patrisfamilias, ac proinde tanquam eius qui potuerit habere hereditatem. Sensus est, non alia ratione posse meliùs defendi, non esse in proposita specie legi Falcidiæ locum, quàm quòd de eo fideicommisso agatur, quòd filiusfamilias reliquerit. Sola enim personæ qualitas, & condicio illa est, quæ facit ne vlla ipsius hereditas esse possit, siquidem lex duodecim tabularum cùm hereditatis nomen & ius induxit, de patrefamilias tantùm locuta est ad filijfamilias exclusionem. Atqui voluntas ista filijfamilias militis fideicommissum peculij castrensis à patre suo relinquentis, non aliam ob causam defenditur vt patrem etiam inuitum fideicommissi onere obstringat, quàm quia in peculio castrensi filiusfamilias patrisfamilias iure censeatur, non eo tantum casu quo testetur, sed etiamsi testatus non sit, dummodo aliqua ratione siue inter viuos, siue in vltima voluntate de eo disposuerit. Priuilegium enim hoc datum est iudicio militum vt Pomponius loquitur in *l. vlt.* D. ad

d. l. filiusfamilias ad leg. Falcid.

l. vlt. D. ad SC. Tertyll.

ad SC.Tertyll. non autem eorum duntaxat teſtamentis: Nec aliud exigitur ad priuilegium militis inducendum, niſi vt de caſtrenſi peculio viuus aliquid aliquomodo decreuerit. Addit Paulus aliam rationē his verbis *& heres ſcriptus omiſſa ex teſtamento aditione exemplo edicti legatorum nomine conuenietur*, Quæ tamen ratio ſubobſcurior videtur. Non enim de patre intelligi poteſt, cùm is etiamſi heres ſcriptus ſit, & teſtamentariæ ſucceſſionis cauſam repudiet, non ideo dici poſſit omittere aditionem, quia nec volens adire poſſet, ſi peculium filij ex teſtamento retinere vellet, vt diximus in præcedentibus. At rurſum ſi de extraneo inſtituto verba illa intelligas, vix poteſt dici quonam caſu locus ſiat quæſtioni, an qui omiſit aditionem ex teſtamento ſi ab inteſtato peculium retineat, conueniri poſſit ex ſententia edicti nomine legatorum. Quomodo enim fieri queat vt deſtituto teſtamento filijfamilias militis per repudiationē ab extraneo factam, ille ipſe qui fuerat inſtitutus peculium ab inteſtato retineat quod neceſſe ſit penes patrem iure priſtino patriæ poteſtatis remanere? Niſi fortè ponamus patrem iure ſuo vti noluiſſe, cùm neceſſarius filij ſucceſſor non ſit vt probauimus. Sed tamen facere id non poteſt, vt eo magis ab inteſtato ſuccedere heres ſcriptus poſſit, aut vt reperiatur quiſquam proximus agnatus eius, qui moriens fuerit in patris ſui poteſtate. Ab inteſtato autem ſi ſuus heres nullus ſit lex vocat eum tantùm qui ſit proximus agnatus. Si non illud prætereà ponamus deliberante extraneo herede qui fuerat inſtitutus, patrem deceſſiſſe, ita vt eo tempore quo teſtamentum deſtituitur, neque patris perſona neque aliud quicquam obſtet iam, quominùs idem ille qui fuerat inſtitutus ſuccedere ab inteſtato poſſit, tanquam proximus agnatus aut cognatus, qui hereditatem adire potuerit iure ciuili, aut bonorum poſſeſſionem agnoſcere iure prætorio. Nihil enim refert quod attinet ad cauſam illius edicti, *Si quis omiſſ. cauſ. teſtam. hered. ab inteſt. poſſid.* Extraneúmq; hîc appellamus, etiam agnatum quemlibet, omnem denique præter patrem, quia ſolus pater ius poteſtatis habet, ex quo peculiū æſtimatur, & quod impedit ne peculium hereditas fieri dici ve poſſit. Hoc autē caſu quāuis filiusfamilias idémq; teſtator moriens in patris ſui fuerit poteſtate, nihil tamen vetat ſuccedi ei ab inteſtato, quia nec priùs quæritur, quis ſit agnatus aut cognatus proximus quàm factus ſit locus ſucceſſioni inteſtati, quod non contingit niſi deſtituto demum teſtamento *l. ſi quis filio 6. De iniuſt. rupt. l. ſcripto 7. D. vnd. liber. l. 1. §. ſciendum l. 2. §. proximum D. de ſuis & legit.* Ergo ad hunc caſum reſtringenda erit hæc ratio Pauli, ſi de extraneo herede inſtituto eodémque legitimo herede intelligatur. Quamquā habet etiam hæc interpretatio hoc incommodi, quòd caſus hic ad ipſa verba edicti, non ad ipſius duntaxat exemplum pertineat, cùm is quem ponimus heredem inſtitutum, verè teſtamentarius heres eſſe potuerit ſi ex teſtamento hereditatem adire voluiſſet, veréque legitimus heres fiat mortuo interim patre cuius ſolius interpoſita perſona faciebat, ne alioquin legitimum heredē filius habere poſſet. Immò ſi verum amamus, tanto magis in dolo eſt hic heres, tantóque dignior qui edicti pœna teneatur, quòd non tantùm repudiauerit teſtamentariam ſucceſſionem vt ab inteſtato hereditatem poſſideret, ſed etiā dolo malo diſtulerit repudiationem teſtamenti in id vſque tēpus quo pater defunctus eſſet, vt viam ſibi ad legitimam ſucceſſionem aperire poſſet. Quare multò probabilius arbitror, vt de ipſo patre herede inſtituto, nō de extraneo clauſula hæc intelligatur, hoc ſenſu vt ſi pater inſtitutus à filiofamilias omiſerit adi

l. ſi quis filio 6. de iniuſt. rupt. l. ſcripto 7. D. vnd. liber. l. 1. §. ſciendū l. 2. §. proximum D de ſuis & legit.

d. l. filiusfamilias 18. D. ad leg. Falcid.

tionem ex testamento, & nihilominùs peculium retinuerit perinde teneatur sententia edicti ad præstationem legatorum & fideicommissorum omnium, quæ filius reliquerit, acsi ex testamento successisset. Non enim teneri potest verbis ipsis edicti, quia edicti verba non de alio loquuntur, quàm qui & hereditatem testamentariam omiserit, & legitimam ab intestato possideat. Porrò hic pater de quo agimus, neque testamentariam hereditatem repudiauit, quia filiifamilias etiam qui de castrensi peculio testatus fuerit, hereditas nulla esse potest nisi quæ per aditionem ex testamento subsecutam constituatur, ne tum quidem cùm extraneus heres institutus fuit, neque legitimam possidet quoniam nullo prorsus casu filiifamilias legitima hereditas vlla esse potest. Et tamen edicti sententia eum teneri æquum est, cùm repudiando filij testamentũ effecerit, vt interciderint legata quæ ille si testamentariæ successionis causam agnouisset, præstare ex testamento debuisset, Nec rursum minùs commodi ex peculij retentione consequatur, quàm si peculium illud hereditatis nomine, ac iure censeri posset. Estque hæc ratio accommodatissima ad id probandum quod Paulus probare vult, non minùs hoc casu permittendum patri, vt ex fideicommisso à se præstando falcidiam ab intestato deducere possit, quàm si verè legitimus filij heres esset, cùm in cæteris omnibus quæ ad ipsius in commodum & damnum pertinent, non sit melioris condicionis quàm si legitima filij hereditas aliqua esset, quæ tamen vtroque casu reuera nulla est, id est siue testamentum aliquod filiusfamilias fecerit ex quo aditionem pater omiserit, siue ab initio intestatus ipse decesserit. Videtur autem Paulus *aditionis* nomine vsus esse, non quòd pater qui castrensem filij successionem ex testamento sibi delatam agnoscit, eam adire propriè dici possit, cùm non nisi per aditionem ab extraneo instituto factam hereditas fiat vt ex eodem Paulo suprà diximus, sed minùs propriè sumpta aditionis significatione pro agnitione, Vt ostenderet differentiam quæ est inter patrem succedentem filio, & filium succedentem patri, Nec quemadmodum patri filius heres necessarius est tam ex testamento quàm ab intestato, ita & patrem filio necessarium successorem esse. *His consequens erit*, inquit Paulus, *vt si ex fructibus medio tempore quartam & quartæ fructus habuerit pater, etiam Trebellianum Senatusconsultum inducamus*, id est vt hoc casu hereditatis restitutio fiat sine vlla deductione & retentione. Tunc enim restitui dicitur hereditas ex Trebelliano cùm restituitur sicuti testator voluit, ac proinde nulla quarta deducta, cuius nimirum detrahendæ ius contra testantis voluntatem ex Senatusconsulto Pegasiano inductum fuit *§. sed quia Instit. de fideic. hered.* iunct. *l. Titia 86. in fin. D. ad leg. Falcid.* Ideo autem Trebellianum Senatusconsultum hîc inducimus, quia fructus ab eo qui rogatus est percepti medio tempore & ante restitutionem, licèt non sint ex fideicommisso restituendi, quoniam qui hereditatem restituere rogatus fuit, videtur rogatus id reddere, quod fuit hereditatis, fructus autem non hereditati sed rebus hereditariis accepto feruntur vt ratiocinatur Vlp. in *l. in fideicommissaria 18. D. ad SC. Trebell.* in eam tamen quartam quam heres habere debet imputantur si modò ex iudicio defuncti non ex sola fideicommissarij negligentia percepti sint vt ibid. Vlp. subiungit, & in *l. mulier 22. §. si heres eod. tit.* Addit Paulus *& vtiles actiones exerceri possint*, Nimirum à fideicommissario cui hereditas fuerit restituta: Nam & actionum translatio est ex Senatusconsulto Trebelliano non ex Pegasiano quod è contrario induxerat vsum stipulationum

Aditionis nomen, pro agnitione.

Quid sit inducere SC. Trebellianum.

l. in fideicommissaria 18. ad SC. Tre.

num partis & pro parte, itémque emptæ & venditæ hereditatis, ne in damno moraretur heres qui post restitutam quoque hereditatem ob nullas in fideicõmissariũ translatas actiones remanebat obstrictus oneribus hereditarijs vt Iustinianus refert in *d.tit.De fid.hered.* Fiebat autem ex Trebelliano translatio actionum, non directarum, quæ scilicet non magis ab heredis rogati persona discedere possunt, quàm illud induci, vt qui per aditionem semel heres factus fuit desinat heres esse *§.restituta eo.tit.De fid.hered.l.ei qui soluendo* 88.D.*de hered.inst.l.si heres 70.in princ.D.ad SC.Treb.* Sed vtilium, hoc sensu vt quæ actiones fideicõmissario & in fideicõmissariũ cõpeterent vtiles essent non directæ, quamuis heres ipse per cuius restitutionem ea translatio actionum fieret vtiles numquam habuisset, sed directas cum quibus vtiles concurrere numquam possunt. Ob idque ad hanc translationem actionum inducendã necessaria fuit potestas & autoritas Senatusconsulti, cùm alioqui nec concurrens heredis & fideicõmissarij voluntas facere vnquã potuisset vt per restitutionẽ hereditatis transirẽt in fideicõmissariũ actiones vel directæ, quibus se exuere heres nequiret, vel vtiles quas heres ipse numquam habuisset. At illud magis nouum mirúmque est quod Paulus subiicit *fiátque hereditas post restitutionem*. Nam cùm actionum translatio de qua nunc diximus, non fiat nisi per hereditatis restitutionem *l.1.l.ita tamen 27.§.qui ex Trebelliano & pass.D.ad SC.Trebell.* quomodo fieri potest vt hereditas restituatur quæ non sit hereditas ante restitutionẽ, immò quæ numquam fuerit hereditas? Hic enim proculdubio Pauli sensus est, hereditatem hanc quæ ante restitutionem hereditas numquam fuit, incipere hereditatem esse ex quo die restituta sit. Cùm tamen in cæteris fideicommissarijs hereditatibus, ex diuerso eueniat, vt hereditas ab initio sit ex instanti mortis testatoris, desinat autem esse hereditas non per restitutionem, sed quod magis est per ipsam aditionẽ, cuius scilicet ea vis est vt defuncti hereditatẽ cõuertat in patrimonium heredis *l.1.D.de separat.* Propter quã causam Vlp.in *d.l.in fideicommissaria* sic loquitur, vt dicat, eum qui hereditatẽ restituere rogatus est, id videri rogatum reddere non quod sit hereditatis, quomodo loquendũ erat si restitutionis tẽpore aliqua hereditas adhuc esset, sed *quod fuit hereditatis* vt intelligamus non esse amplius hereditatẽ, quæ aliquando fuit, Eóque sensu necessariò intelligendi sunt loci omnes qui de fideicõmissaria hereditate tractãt, quę iam adita sit, siue restituta iã fuerit siue non vt eo hereditatis nomine non rem ipsam quæ nunc est significent, sed eam quæ fuit, id est idem quidem patrimonium quod fuit defuncti, & quod eo mortuo hereditatis nomen habuit ante aditionem, sed tanquam patrimonium, non tanquã hereditatem. In hoc tamen casu quem Paulus tractat, hoc est de successione filiifamilias intestati, qui castrensis peculij fideicommissum à patre suo reliquerit, singulari iure accidit, vt quemadmodum si extraneus heres à filiofamilias scriptus esset, inciperet eius esse hereditas per aditionem, quamuis omni ordine & naturæ & iuris & intellectus prius esse soleat vt hereditas aliqua sit, quæ adiri possit, quàm vt adeatur quæ nondum est. Ita & intestato filio defuncto, hereditas quæ nec adiri nec per aditionem induci potuit, quandiu peculium castrense resedit penes patrem, incipiat fieri hereditas post restitutionem, quasi tunc primùm cessante ratione illa quæ ante restitutionem faciebat, ne hereditas videri posset, nempe quod patriæ potestatis iure non ex aliqua causa extrinseca, & accidentali peculium filiifamilias defuncti ad patrem pertineret,

Differentia Senatusconsulti Trebelliani, & Pegasiani.

§. restituta de fideic.hered.l. ei qui soluendo 88. de here.inst. l.si heres 70. in princ. ad SC.Trebell.

d.l filiusfamilias 18.ad leg.Falcid.

d.l. in fideicommissaria 18.ad SC.Trebell.

Desinit enim pertinere, mutatúrque causa bonorum per restitutionem, quæ facit vt ea bona quæ primùm filij fuerunt, deinde patris, incipiant pertinere ad fideicommissarium. Quonam verò iure nisi hereditatis? Nec enim peculij nomen retinere potest apud extraneum qui numquam habuit defunctum in potestate. Fit ergo hoc casu hereditas post restitutionem: ac proinde tanto minùs debet mirum videri quod Paulus in præcedentibus scribit inducendam hoc eodem casu potestatem & legis Falcidiæ & Senatusconsulti Trebelliani: quia ne induci posse videretur, illud tantùm faciebat quod hereditas hîc nulla esset. Atqui tametsi ab initio nulla sit, incipit tamen esse post restitutionem. Quidni ergo inducemus potestatem legis Falcidiæ & Senatusconsulti Trebelliani, cùm tam illius quàm huius verba pertineant ad hereditates, nec ob id minùs iuris nanciscatur fideicommissarius per hereditatis restitutionem, quod non fuerit illa hereditas ante restitutionem?

ILLATIO VI.

De Falcidia exercenda in testamento eius qui apud hostes decessit.

d. l. filiusfamilias.

l. pater 10. vers. planè D. de capt. & postlim.

SExtò ex hoc eodem nostro Principio fit vt in testamento eius qui apud hostes decessit, exerceatur Falcidia, siue ex legatis siue ex fideicommissis deducenda sit, *d. l. filiusfamilias* 18. D. *ad leg. Falcid.* Non alia ratione, quàm quòd vt ea lex ait fictio legis Corneliæ & hereditatem faciat, & heredem. Ergo cùm nō tantùm testamentarias sed etiam legitimas captiuorum hereditates lex Cornelia confirmauerit *l. pater* 10. §. 1. *vers. planè D. de captiu. & postlim.* consequens est vt ab intestato quoque inducenda sit legis Falcidiæ potestas, si fortè legitimus captiui heres fideicommissis ab intestato relictis oneratus proponatur, Postquàm ex Diui Pij rescripto inductum fuit, vt ad intestatorum quoque successiones hereditarias lex Falcidia protrahatur. *d. l. filiusfamilias*, de cuius sententia tam fusè scripsimus illatione superiore.

ILLATIO VII.

De patre qui substituit filio impuberi deinde captus ab hostibus ibi decessit.

d. l. pater in princip.

SEptimò ex eodem Principio fit quod Papinianus scribit in *d. l. pater* 10. *in princip.* D. *de captiu. & postlim.* Si pater instituto impuberi filio substituerit, deinde ab hostibus captus apud eos decesserit, defuncto postea impubere potiores esse partes substituti pupillaris quàm legitimi heredis, falsámque illorum sententiam esse, qui negant valere posse tabulas secundas in persona huius impuberis, quasi qui viuo patre fuerit effectus sui iuris. Refragari námque iuris rationem, quoniam, inquit Papinianus, si pater qui non rediit, iam tunc decessisse intelligitur ex quo captus est, vtique fateri cogimur, substitutionem pupillarem necessariò vires suas tenere: quod & Iulianus sentit in *d. l. lex Cornelia* 28. *de vulgar. & pupill. subst.*

ILLA-

ILLATIO VIII.

De filio capto & mortuo apud hostes cui pater substituerat.

OCtauò ex eodem Principio fit vt si mortuo iam patre capiatur filius institutus vel exheredatus qui postea decedat apud hostes, non possit lex Cornelia sufficere ad tabulas pupillares confirmandas, quoniam de secundis tabulis locuta non fuit, sed eius duntaxat personam demonstrauit qui testamẽti factionem habuisset, vt ratiocinatur Papin. in *d. l. pater* §. 1. subiiciens aliam esse hac in re rationem substituti pupillaris, aliam legitimi heredis pupilli, quoniam quæ ratio facit vt ad pupillarem substitutum lex Cornelia non pertineat, quia scilicet non habet pupillus actiuam testamenti factionem, eadem tanto magis facit vt ad legitimum pupilli heredem pertinere debeat quãdoquidem is qui testamentum facere non potest etiamsi velit, fieri nequit, vt non hoc ipso decedat intestatus, tantóque certiùs legitimam habeat hereditatem, si modò paterfamilias sit, qualis est pupillus. Monet tamen Papinianus ibidem, non esse alienum prætorem subsequi non minùs patris quàm legis voluntatem vt quemadmodum vtiles actiones daret legitimo heredi pupilli quem lex Cornelia faceret heredem, data scilicet ei bonorum possessione *l. vnic. §. 1. D. vt ex leg. senat. consult. bon. poss. det.* ita & in proposita specie det vtiles actiones substituto pupillari. In quo tamen videtur aliud fuisse Iuliani iudicium in *d. l. lex Cornelia* 28. §. 1. *De vulg. & pupill. substit.* Nisi eam vtriusque loci interpretationem probes quam nos posterioribus Coniecturarum nostrarum libris tradidimus. *lib.* 10. *cap.* 5.

d. l. pater §. 1.

L. vnic. D. vt ex legib. Senat. cons. bon. pos. det.

l. lex Cornelia 28 §. 1. D. de vulg. & pup. sub.

ILLATIO IX.

De filio impubere defuncto in ciuitate ante patrem iam tùm ab hostibus captum.

NOnò ex eodem Principio fit quod idem Papinianus scribit in *l. quòd si filius* 11. *eod. tit. De capt. & postlim.* Si filius impubes cui pater substitutũ pupillarem dederat decesserit ante patrem in ciuitate, ac postea quandocumque pater defunctus sit, nihil esse quod de secundis tabulis tractari possit, id est pupillares tabulas nullomodo valere: siue quoniam viuo patre filiusfamilias mori intelligitur si pater ab hostibus reuersus sit, siue quia non reuerso patre filius exinde sui iuris fuisse videtur ex quo pater hostium potitus, id est, ab hostibus captus fuit. Sed si ambo apud hostes, pater tamen prior decedat, sufficiet lex Cornelia substituto pupillari, nec ei necessarium erit auxilium prætoris, perinde acsi apud hostes patre defuncto filius postea in ciuitate decessisset. Qui tamen locus etiam obscurus est, nostráque indiget interpretatione, quam nos attulimus *eod. libr.* 10. *Coniect. cap.* 6. & 7. vbi scripsimus quoque de sententia & emendatione responsi Scæuolæ in *l. si pater captus* 29. *De vulg. & pupill. substit.*

l. quòd si filius 11. *D. de captiu. & postlim.*

l. si pater captus 29. *De vulg. & pupill. subst.*

ILLATIO X.

De filiofamilias defuncto apud hostes.

DEcimò ex eodem Principio fit, vt fictio legis Corneliæ non pertineat ad filiũfamilias qui captus sit ab hostibus viuo in ciuitate patre & apud ho-

stes decesserit *d.l.pater §.1.de capt.& postlim.* vt pluribus probaui *eo.lib.*10.*Coniect.cap.*8.Ratione potissimùm illa quod lexCornelia non fingit captiuũ in ciuitate decessisse alia de causa,quàm vt inducat & hereditatem & heredem.*d.l.filiusfamilias* 18.D.*ad leg.Falcid.* Atqui nec hereditatem nec heredem dare potest ei qui etiamsi in ciuitate decessisset,neutram tamen habere potuisset, quia filiusfamilias decessisset.Nec enim hereditatem habere potest qui nulla bona in ciuitate reliquit nec relinquere potuit,vt Iulianus ratiocinatur in *d.l.lex Cornelia* 28.*vers.quia per eam non efficitur D.de vulgar.& pupill.substit.* Cui rationi consequens est vt aliud dicendum sit si filiusfamilias hodie bona aliqua in ciuitate reliquerit,in quibus possit heredem habere,Quomodo potest hodie ex constitutione Iustiniani *Nouell.*118.*de hered.ab intest.venient §.1.* nimirum si & bona aduentitia,& filios naturales ac legitimos ex se superstites reliquerit. Erat quidem filiusfamilias etiam olim capax acquisitionis patre nolente sibi acquiri per filium vt alibi probauimus ex *l.is qui heres* 13.*§.vlt.De acquir.hered. l.cogi* 16.*§.si pater l.imperator* 50.D.*ad SC.Trebell.* Sed non ob id magis aut hereditatem aut heredem habere poterat,quia eo mortuo etiam superstitibus liberis,peculium ipsius vndecumque obuenisset apud patrem remanebat peculij non hereditatis iure,etiam quod castrense fuisset,de quo tamen potuerat filiusfamilias testari si voluisset *l.2.D.de castr.pecul.*

l.lex Cornelia 28.D.de vulg.& pup.subst. Nouell. 118. De hered. ab intest.venient.§.1.

l.2.D.de castr.pecul.

ILLATIO XI.

De differentia fictionum legis Corneliæ & postliminij.

VNdecimò ex eodem Principio fit,vt quamuis lex Cornelia retrofingat omnia in præteritum,in eòque potissimùm differat à postliminij fictione, quæ ex contrario fingit omnia in futurum,Numquam tamen fingat heredem fuisse illum qui eo tempore quo captiuus apud hostes moritur,iam in ciuitate defunctus fuerit,Quoniam nihil fingit nisi vt faciat heredem,heres autem fieri non potest qui iam est mortuus,& qui eo tempore quo fictio locum habere incipit,amplius in rerum natura non reperitur.Vt scripsimus *eod.lib.* 10. *Coniect.* pluribus locis præsertim *cap.* 10. vnde peti volumus ea quæ alioquin ad hunc locum accommodatissimè pertinerent.

Lex Cornelia numquã retrofingit heredem illum qui moritur in ciuitate ante captiuum.

ILLATIO XII.

De cæteris,quæ pendent ex fictione legis Corneliæ.

DVodecimò ad hoc idem Principium referenda sunt , ne singula sigillatim exequamur,quæcunque in libris nostris scripta sunt de legis Corneliæ fictione ac potestate. Pendent enim omnia ex eo quod lege Cornelia de confirmandis captiuorum hereditatibus inductum fuit vt quisquis apud hostes decedit perinde & hereditatem siue testamentariam siue legitimam & consequenter heredem habere possit, acsi numquam ab hostibus captus fuisset. *l.* 1. *ad fin.principij* D.*de suis & legit.hered.* Iunctis nimirum temporibus captiuitatis cum instanti mortis vt loquitur Papinianus in *l.iusto* 44.*§.vlt.*D.*de vsucap.*

l.1.ad finem principij De suis & legit. l.iusto 44.§. vlt.De vsucap.

PRIN.

PRINCIPIVM X.

De emancipatione.

EMancipatio *dissoluit ius & vinculum patriæ potestatis, §. præterea hoc tit. quib. mod. ius patr. potest. soluit.* Nam cùm patria potestas sit iuris ciuilis vt diximus ad *tit. De patr. potest.* conueniens est vt actu illo qui sit iuris ciuilis, cujusmodi est emancipatio, dissolui possit ex regula *l. nihil tam naturale* 35. *l. omnia quæ* 100 *l. ferè* 153. *De regul. iur.* Quia tamen tanti erat momenti, vt nihil preciosius ciui romano datum videretur, quàm vt & suus heres esse, & suum heredem habere posset, Placuit non facilè & quauis declaratione voluntatis fieri emancipationem sed multis sollennitatibus interuenientibus, inter quas illa erat vt filium ter à patre vendi ac mancipari necesse esset, atque ita in seruitutem deduci, sed imaginariam, quia mancipationes illæ non fiebant, nisi contracta fiducia remancipandi vt in patris potestatem filius reuerti posset, post primam mancipationem, Ne [illegible] qui secundò mancipari non posset, ac postremo manumitti, idque Iustinianus refert in hoc loco post *Vlpianum in fragm. tit.* 10. Vbi monet his sollennibus causam dedisse legem 12. tabul. cuius verba hæc fuerunt *si pater filium ter venundarit, filius à patre liber esto.* Quasi indignus esset pater, qui vllum ius potestatis haberet in filium quem ter venditum tam malè tractasset. Fuit autem hoc ius proprium liberorum masculorum & primi gradus, vt non nisi trina mancipatione ac manumissione possent exire de potestate. Cæteri enim liberi præter filium id est tam filiæ primi gradus quàm nepotes neptésque vnica mancipatione liberabantur, suique iuris fiebant, vt ibidem addit Vlpianus, & in *l. verum* 8. §. 1. *De iniust. rupt. & irrit. fact. testam.* de cuius loci sententia & ratione plura scripsimus *lib.* 10. *Coniect. cap.* 15. Filias enim quia per eas familia paterna conseruari non potest, sexus ipse facit quodammodo minùs coniunctas patri, aut saltem vinculo illo potestatis & familiæ minùs arctè colligatas. Nepotes verò neptésque etiam natura, cùm sint vno gradu remotiores. Cætera quæ ad huius Principij tractatum pertinent explicabimus ad *tit. De capit. diminut.*

§. præterea hoc tit.

Vlp. in frag. tit. 10.

L. verum 8. *§. 1. de iniust. rupt.*

ILLATIO I.

De noua familia, quæ per emancipationem constituitur.

EX hoc Principio illud primùm fit, vt filiusfamilias ex quo die est emancipatus desinat esse filius, familiámque nouã nactus sicuti paterfamilias fit ita & pro extraneo habeatur, omniáque iura filij amittat iure ciuili. *L. quinetiam* 55. *in fin.* D. *de rit. nupt.* Nec enim ius ciuile alium filium agnoscit, quàm qui sit filiusfamilias, sicut nec alium patrem, quàm qui sit paterfamilias, Omnia scilicet æstimans ex familiis, vtpote ex quibus constet ac constituatur respublica ad quam vnam tanquam ad scopum & finem vnicum refertur totum ius ipsum ciuile. Inde est quod emancipatus filius non magis instituendus est iure ciuili aut exheredandus aut ad legitimam patris hereditatem admittendus ab intestato, quàm si filius neque esset, neque vnquam fuisset. Quæ res induxit iuris prætorij æquitatem in danda huic filio bonorum possessione siue

L. quinetiam 55 *in fin. D. de rit. nupt.*

contra tabulas si in paterno testamento præteritus fuerit, siue ex capite, Vnde liberi ab intestato acsi mansisset in potestate cùm iniquum videretur vsque adeò haberi eũ pro extraneo qui tametsi emancipatus, reuera tamen & iure naturali filius maneret, Non valente arte iuris ciuilis tollere & corrũpere ea quæ sunt iuris naturalis, vt pluribus dicemus ad *tit. De bonor. possess.* Eadem ratio induxit etiam æquitatem Edicti *De capit. minut.* vt dicemus ad *ti. De capit. dimin.*

Edictum De capit. minu.

ILLATIO II.

De agnatione quæ per emancipationem amittitur.

SEcundò ex eodem Principio fit, vt per emancipationem amittantur etiam iura agnationis. Nam qui non est suus heres patri propterea quòd is neque filius esse ampliùs, neque patrem habere per consequens intelligatur, ille nec agnatos habere potest, cùm agnati illi demùm sint, qui per patrem coniunguntur, & ex eadem sunt familia *l. iurisconsultus* 10. §. *cognati* D. *de gradib. & adfin.* Itaque non minùs fuit necessarium emancipatis auxilium edicti prætorij ex ea parte, Vnde legitimi vocantur, vt agnatis quos in patris familia aliquando habuerant succedere possent, quàm ex parte illa, Vnde liberi vt possent succedere patri. Admittit autem eos prætor & tanquam liberos & tanquam agnatos, non quasi emancipatos, ne ita posito iure minùs apertè vim iuri ciuili facere videretur, sed rescissa emancipatione, id est perinde acsi emancipati nõ essent, sed in patris potestate semper mansissent *§. emancipati 9. infr. De hered. quæ ab intest. defer.*

l. iurisconsultus 10. §. cognati de gradib. & adfin.

§. emancipati 9. infr. de hered. qualit. & differ.

ILLATIO III.

De potestate emancipationis ad vinculum pietatis dissoluendum.

TErtiò ex eodem Principio fit, vt per emancipationem non tantùm patriæ potestatis, sed & pietatis vinculum dissolui dicatur in *l. vlt.* D. *si à parent. quis manum. sit.* Nimirùm quia cùm pietatem filius non alia ratione patri debeat, quàm quia filius est, per emancipationem verò filius esse desinat, omnino consequens est vt si nihil nisi ius ciuile inspicias, non minùs pietatis quã patriæ potestatis vinculum dissoluatur. At quemadmodum iure naturali filius manet etiam post emancipationem, ita & pietatis illius vinculum superest, quam à natura patri debet, quippe quæ non ex patria potestate sed ex ipsis naturæ legibus quæ immutabiles sunt æstimetur. *l.* 4. D. *de curat. furios.* vbi ob hãc causam scriptum est æquam pietatem debere filium parentibus licèt inæqualis sit eorum potestas. Nec enim habẽt matres liberos suos in potestate *l. mulierem* 5. *C. de adopt.* §. *fœminæ supr. tit prox.* Et sanè hoc sensu nihil commune habet nomen patris cum iure potestatis *l profectitia* 5. §. *si pater pro filia* 11. *D. de iur. dot.* Inde est quod patrem in ius vocare non potest filius emancipatus nisi venia petita *l.* 4. §. 1. *l. parentes* 6. D. *de in ius vocand.* Pertinet enim edictum illud ad emancipatos duntaxat, cùm ij qui in potestate sunt, ne patrem in ius vocare possint, non tam imperio prætoris quàm potestatis iure prohibeantur, etiamsi pater non naturalis & legitimus, sed adoptiuus tantùm proponatur, vt ait Vlp. in *l. adoptiuum* 8. *eod. tit.*

L. vlt. D si à parent. quis manum. sit.

l. 4. D. de curat. furios.
L. mulierem 5. C. de ado.
§. fœminæ sup. ti prox.
l. profectitia 5. §. si pater pro filia 11. D de iur. dot.
L. 4. §. 1 l. parentes 6. D. de in ius vocand.
L. adoptiuũ 8. eod. tit.

ILL.

ILLATIO IV.

De manumissoris iuribus quæ pater filium emancipando nanciscitur.

QVartò ex eodem Principio fit, vt pater, qui iure ciuili desinit esse pater emancipando filium hoc ipso consequatur iura patroni tanquam manumissor in bonis filij emancipati tanquam liberti, vt scribit Iust. in hoc §. & constat ex *l. 1. & tot. tit. D. si à parent. quis manum.* Vnde & eo loco manumissum dicit prætor & post eũ Iurisconsultus pro emãcipato. Ideóque scribit Vlp. initio *d. l. 1.* emancipatũ à parente in ea causa esse, vt in cõtra tabulas bonorũ possessione liberti exitũ patiatur. Quod æquissimum, inquit, prętori visum est, quia à patre beneficium habuit bonorum quærẽdorum, quippe si filiusfamilias esset, quodcũque sibi acquireret, eius emolumẽtũ patri aquireret. Quæ verba notari volumus ad probandũ id quod toties diximus, filiũfamilias iam olim fuisse acquisitionis capacem, alioqui non possent de illo vsurpari ea verba *quodcũque sibi acquireret*, non magis quàm de seruo, de quo nihil tale vspiã scriptũ reperitur. Nec eo minùs tamen verũ est eius quod filiusfamilias sibi acquirit emolumentũ vsque adeò confestim patri acquiri per filium, vt ne momẽto quidẽ tẽporis cõsistat acquisitio in filij persona. Illa enim verba *quodcunque sibi acquireret*, quãtò minùs ad acquisitionis effectum referri possunt, tãtò magis adquirendi capacitatem in filiofamilias demonstrant. *Et ideo*, inquit Vlpianus, *itum est in hoc vt parẽs exemplo patroni ad cõtra tabulas bonorũ possessionẽ admittatur.* Edicto autẽ prætoris, vt ibidẽ subiicitur, sic enumerãtur personæ manumissorũ. *In eo qui à patre, auóve paterno, proauóve aui paterni patre.* Incipitúrque à patre, non quòd is qui patrem & auum habet in cuius potestate pater ipse sit, à patre suo manumitti possit, aut quasi prior & potior hac parte sit causa patris quàm aui (qui enim aliena in potestate est, is neque alium in potestate sua habere potest *l. sic eueniet 21. D. ad leg. Iul. de adult.* neque consequẽter de potestate sua eum mittere quod fit per emancipationem) sed quia non nisi per mediam patris personam auus nepoti coniungitur *l. dotem 6. D. de collat. bonor.* nec alio iure auus paternus habet nepotem in potestate, quàm quòd patrem ipsum eũdémque filium suum habeat. Itaque si nepos ab auo manumissus dederit se adrogandum patri suo, & pater eundẽ postea manumiserit potest dubitari cùm vterque, id est & auus & pater sit manumissor, vter in hac bonorũ possessione contra tabulas pręferatur. Nec enim potest vterq; esse patronus eiusdẽ liberti, aut patroni iure censeri, sicut nec duo possunt in solidum domini esse eiusdem serui. Tractamus autẽ de patre qui & ipse fuerit manumissus, siue ante, siue post nepotem, vt filium suum postea potuerit adrogare, locúsque fieri possit quæstioni. Alioqui, neque adrogator, neque patronus esse, aut videri posset filius qui in patris sui esset potestate. Placet verò Vlpiano in proposita specie solum auum admitti ad huius nepotis successionem ex interpretatione edicti, siue in patris potestate manens hic nepos decesserit, siue ab eo rursum manumissus diẽ suum obierit. Redditque rationẽ, quia perinde defert prætor bonorũ possessionẽ, atque si ex vera non ex imaginaria seruitute manumissus esset is qui emancipatus fuit. Porrò si hoc esset, id est si nepos hic ex vera seruitute manumissus esset, aut non fuisset adrogatus, quia adrogatio liberti admittenda non est, ne patrono iniuria fiat, cuius iura non possunt salua adroga-

L. 1. & tot. tit. D. si à parent. quis manum. fit.

d. l. 1. D. si à parent. quis manum. fit.

ſta verò ſeruitus abſolutè dici nō poteſt,quæ nō eſt vera,nec rurſus vera ea quę non eſt niſi imaginaria.Et ob id ſic loquitur Vl.*in prin.d.l.1.* vt dicat emācipatū à parente pati exitum liberti in cōtra tabulas bonorū poſſeſſione. Quaſi exprimat,non niſi ex die mortis cùm ex hac vita exit,incipere illum liberti iure cenſeri,& quantum ad ius bonorum poſſeſſionis contra tabulas, vt intelligamus quādiu viuit,ſicut reuera libertinus non eſt,ſed ingenuus,ita neque liberti iure eum cenſeri, ac proinde ad reuocandas alienationes quas ipſe viuus fecerit,actionem nullam patri competere poſſe, licèt per eas futurum ſit vt ius bonorum poſſeſſionis contra filij tabulas patri indulgendæ minuatur,aut ſaltē ipſius emolumentum. Sic & quorundam hominum eam olim condicionem fuiſſe legimus,vt viuerent liberi,& ſerui morerentur,vt ſcripſimus ad *tit.de libertin.* Eodém igitur exemplo dicendum eſt filium à parente emancipatum (parentis nomen vſurpamus non patris, vt auum quoque paternum & proauum aui paterni patrem cum prætore comprehendamus) viuere ingenuū, ſed mori quaſi libertum.Inde fit,vt fruſtra pater operas ſtipuletur à filio libertatis cauſa,quas ab alio liberto quolibet benè ſtipularetur,quia de his quę à patre libertatis cauſa fuerint filio impoſita prætor nihil edicit,vt Marcellus ſcribit in *l.penult.eod.* Hoc ipſum autem ideo, quia cùm emancipatus maneat ingenuus,nec operis,nec quicquam aliud niſi pietatem patri debet *l. penult. D.de obſeq.parent.& patron.praſt.* vbi generaliter traditum eſt nullum ius habere patrem in filio emancipato ob ea quæ libertatis cauſa ſint impoſita,quia nihil imponi liberis ſolet,nec poteſt adeo vt nec iureiurandō poſſit obligari filius patri manumiſſori,quomodo libertus obligatur patrono.Nam vt iuriſiurandi obligatio contrahatur libertum eſſe oportet qui iuret & libertatis cauſa iurare *l.vt iuriſiurandi 7.in princip.D.de oper.libert.* Iam autem diximus filium emancipatum quandiu viuit libertum non eſſe. Nec rurſus valde laborare is debet, vt ſe obliget ad conſequendam libertatem cùm ſeruitus in quam ſe deductum videt ad implendas emancipationis ſollennitates non ſit niſi imaginaria. Denique cùm obligationes iſtæ omnes tā operarū,quàm cæterarū rerū libertatis nomine impoſitarū nō niſi ex prætoris iuriſdictione proficiſcantur, & ex eius edicto vires accipiant,vt ſcriptū eſt in *l.2.eod.tit.* ſufficit filio emācipato ad hoc ne quid ab eo exigere pater ex huiuſmodi cauſa poſſit,quod nihil de hac re prętor edixerit.Planè mortuo filio emācipato idē effectus eſt eius bonorū poſſeſſionis quæ parenti datur contra tabulas filij tanquā liberti,qui eſſet agēte alio quolibet patrono,Scilicet vt ſi turpem perſonam veluti meretricem filius heredem fecerit,totorum bonorum poſſeſſio contra tabulas parenti detur, aut ſi non turpis perſona inſtituta ſit,non niſi conſtitutæ partis *l.Paconius 3. D.ſi à parent.quis man.* Quænā autē pars illa ſit quoniā pro tēporū varietate alia atq; alia fuit,petendum eſt ex Triboniano in *tit.De ſucceſſ.libert.* Cui nec malè quis adſcripſerit eam dictionem *conſtituta* in *d.l. Paconius.* Solet enim ille ſic loqui cùm de iis rebus tractat quę aliter quàm olim fuerint,nouo iure ſunt cōſtitutę: vt ab eo factū eſſe in *l.nō vt à patre* 8.D.*de capt.& poſtli.* obſeruauit Cuiacius ad *Nou.22.* Ideóq;& in *l.1.§.vl.de bō liber.* cùm Vlpianus vt credibile eſt ſcripſiſſet poſteriores prętores dimidię partis bonorū poſſeſſionē pollicitos fuiſſe patrono,idē Tribonianus pro *dimidia* repoſuit *certa.* Sed & in eo parēsqui filiū manumiſit ſimilis eſt cuilibet alij patrono,quòd ſiue filius emācipatus teſtamēto patrē ſuū præterierit,ſiue heredē inſtituerit fideicōmiſſa nulla cogitur pręſtare

L.pen. D.ſi à parent. quis manu. ſit.

L.pen. D.de obſeq.parēt. & patron. praſt.

L.vt iuriſiurandi 7. in princi. D.de oper. libert.

L.2.eod.tit.

L. Paconius 3.D ſi à parent. quis manum.ſit.

L.non vt à patre 8. D. de capt. & poſtlim.

l.1.§.vlt.de bon. libert.

d.l. Paconius §.1. pater ex sua parte quæ ei debetur, etiãsi adierit filij hereditatẽ *d.l. Paconius §.1.* Nam nec alius quilibet patronus ea fideicommissa deberet, ne alioqui facile liberto esset fraudem legibus & patrono facere si liceret ei per fideicõmissa huiusmodi, vel qua alia arte imminuere ius patroni *l.si libertus* 41.*l.si patronũ* 44. *D.de bon.libert.* vbi hac ratione defendit Paulus, ne satisdatione quidẽ onerandum patronũ, ideóque si patronum ex debita parte libertus heredẽ instituerit, eúmque purè rogauerit vt fundũ daret, rursúmque patrono tãtũdem sub condicione legauerit non modò in condicionem fideicommissum redigi hoc est cõdicionale fideicõmissum fieri, quod à patrono alioqui purè pręstãdũ fuisset, verùm etiã fideicõmissario cauendũ esse ab eo ipso à quo legatũ fuit patrono, id est à coherede, ne aliterposito iure etiã post factã trãslationẽ fideicõmissi puri in cõdicionale adhuc patronus oneretur ea satisdatione quã ex prętoris edicto prętare debet quisquis in diẽ, vel sub cõdicione legato, aut fideicõmisso aliquo est oneratus *tot.tit.vt legat.seu fideic.nom.cauea.* Quãquã nõ facilè possum intelligere, quonã iuris, aut æquitatis prætextu induci possit, vt coheres à quo nõ ille fundus legatus patrono est, quẽ patronus alteri per fideicõmissum dare rogatus fuit, sed tãtundẽ, vt lex ait, hoc est quãti fundus ille sit (nõ enim fundus ex earũ rerũ numero est, quæ in suo genere functionem recipiũt, cùm species sit nõ genus *l.1.§.mutui datio D.de reb.cred.*) cauere debeat fideicõmissario, tanquam vice coheredis eiusdémque patroni ad quem si patronus non esset, onus cautionis ex edicto pertineret. De qua enim alia re posset caueri fideicommissario quàm de eo ipso fundo præstando qui relictus est per fideicommissum? Quomodo autẽ cauebit de illo præstando, aut eũ pręstabit coheres qui eũ non habeat? Taceo quod nec edicti verba obligãt aliũ ad satisdandũ, quàm eum ipsum qui legatũ, vel fideicõmissum in diẽ, aut sub condicione debeat, nec rursus alij quàm ei ipsi cui debeat. Itaque vt quod sentio fatear locus mihi valde *Tribonianismus.* suspectus est, & qui, ni fallor, Tribonianum sapit. Cuius inscitiam videtur mihi prodere verba illa *vt vndique patronus ius suum habeat imminutum.* Dixit enim ille *imminutum* pro *non minutũ*, quasi particula *in* sit hîc priuatiua, quę cõtra ex latini sermonis ratione auget sensum & significationẽ sui adiuncti. Quid ergo, aut quomodo Paulus scripserat? Difficile est diuinare. Sed tamen probabile est nihil aliud ab eo scriptum fuisse, nisi illud ipsum quod Triboniano errandi ansam præbuit: Rationem scilicet dubitandi expressam iis verbis *erit tamen & hîc quod moueat. Onerabitur enim patronus satisdatione fideicommissi.* Mouit verò hæc ratio Tribonianum, quæ Paulum mouisse non videtur. Paruum enim patroni damnum est, aut potiùs incommodum (re vera nãq; nullũ dãnũ est) in eo quod satisdare cogitur, cùm satisdationes facilè pręstentur earũ rerum, quę ipsę facilè quoque præstantur, vt contingit quoties quis eã speciem debet quam in manibus habeat, non etiam cùm pecunia debetur, quæ explicanda, aut conquirenda est, & cuius numeratio non semper est in expedito *l.si dubitet* 10.*D.de fideiuss.* Quòd si nec damnum curari solet quod modicum *Modicum damnum nõ curatur, Multo minùs verò modicum incõmodum.* est *l.scio* 4.*D.de in integr.restit.l.si debitori* 21.D.*de iudic.l. res bona fide* 54. *D. de contr.empt.* quanto minùs curari debet modicum incommodum, quod sit sine damno? Cùm nec onerosus creditor sit audiendus non magis quàm debitor delicatus *l si seruos* 25.*in fin.* D.*de pign.act.* Atqui etiamsi ponas eã portionẽ quæ patrono debetur ex bonis liberti ęris alieni loco cẽsendã esse, vt de illa quarta scriptũ est quę adrogato debetur in bonis adrogatoris *l.Papinian.* 8.*§.si*

quis

*Quis impubes D.de inoff.testa.*nihil aliud tamen assequi possis nisi vt patronus in ea portione creditor videatur. Quidni ergo contentus esse debeat, vt totum id quod sibi debetur consequatur,quamuis ex causa fideicommissi à se præstādi cogatur satisdare fideicommissario?Quamquam si quis tam fauorabiliter eũ tractare vellet vt ne minimo quidem huius satisdationis incommodo eum onerari pateretur,Dicerem potiùs fideicommissum hoc quod patronus præstare iussus esset nullius momenti fore,nisi fideicommissarius satisdandi necessitatem vltro ei remittere paratus esset, aut saltem remittendam illi à prætore satisdationem quæ & quocũque volũtatis indicio remitti solet *l.auia 77.§.vl. De cond. & demonstr.* quàm vt admittere vnquam possem vt cogatur patroni coheres ei satisdare cui nõ ipse,sed patronus fideicõmissum præstare rogatus fuerit.Nec improbabile est alterutrum ex his quæ nos faciliùs admitti posse dicimus à Paulo ita scriptum fuisse.Etsi enim est in vtroque aliquid est quod à iuris communis ratione abhorrere videatur,illud tamen non solùm iniquius, sed etiam multò absurdius est quod Tribonianus vult cauere quem de fideicommisso quod non ipse,sed alius præstare debeat. Quoties autem tale quid occurrit in quo nihil sine captione inuestigari possit,eligendum semper illud est quod minimum habeat iniquitatis aut absurditatis *l.quoties 200. De regul. iur.*Longéque dissimile est quod Vlp.tractat in *l.is cui 5.§.si Titio 29. D. vt in possess.legat.*in cuius specie translatio fit præstandæ satisdationis à persona Titii in personam Sempronij:nec tantùm oneris satisdandi,sed etiam possessionis. Habet enim species illa rationem hãc,quod cùm legati,vel fideicommissi nomine non cauetur ei cui cauendum est,res ipsa quæ per legatum,aut fideicommissum relicta fuit, aut saltẽ eius possessio vice cautionis esse potest & debet, neque in eo fit vlla iniuria ei qui cauere debet,nec cauet,cùm è contrario ipsi caueatur de eadem re si condicio defecerit ei restituenda. Quod diuersum est in casu nostro in quo agitur de transferendo cautionis onere ab eo qui debuit cauere fideicommissario in eum qui neque fideicommissum neque cautionẽ huic fideicommissario vnquam debuit,quamuis legatum ille debeat patrono, sub condicione,& consequenter eius legati condicionalis nomine cautionem. Sed hoc ad Paulum obiter,quamuis nõ omnino extra rẽ dictum sit.Redeamus ad id quod dicebamus ex eodem Paulo in *dict.l.Paconius 3.§.1. D.si à parent. quis manum.*Si filius emancipatus testamento suo patrem præterierit, siue illũ heredem instituerit,non cogendum patrẽ fideicõmissa vlla pręstare ex sua parte,quæ ei debetur,etiãsi adierit hereditatẽ.Quod nec hodie aliud erit, tametsi ponas aditam à patre hereditatem filij nõ implorato beneficio legis & inuentarij,quia ei tantùm nocet beneficium illud neglexisse,qui hoc ipso quod heres est,creditoribus omnibus & legatariis,& fideicommissariis obligatus reperitur,Qualis non est patronus ex ea dũtaxat portione quæ sibi debita est institutus,cùm in ea sit ipse quoque creditor.Subiicit Paulus,Sed etsi filia, vel nepos neptísve manumissa sit,&pater,vel auus pręteritus petat bonorum possessionem eadem hìc dicenda esse quæ in filio diximus:vt intelligamus quamuis in aliis nonnullis alia ratio sit filij alia filiæ nepotúmque quod ad hoc vt citiùs & faciliùs isti liberentur à patria potestate quàm ille, nullam tamen hac parte inter eos differentiam esse,sed omnes sicut in eo conueniunt post emancipationem quòd æquè sunt à parente manumissi, ita & parem exitum facere libertorum in contra tabulas bonorum possessione. Tres tamen casus sunt in

L.auia 77 §. vlt. De cond.& demonstr.

L. quoties 200.de reg. iur.

L.is cui 5.§. si Titio 29. D.vt in poss. legat.

d.l. Paconius 3.§.1.D. si à parent. quis manu. sit.

Tres casus in quibus pater qui filiũ emancipauit repellitur à beneficio bonorũ possessionis contra tabulas.

d.l.1.§ si parens.eod.

quibus ab eo beneficio bonorum possessionis contra tabulas pater repellitur. Primus est si parens acceperit pecuniam, vt filium emanciparet, vt proinde nõ possit videri dedisse merum beneficium qui pro eo precium & pecuniam acceperit, alius si post emancipationem filius inter viuos tantùm in eum contulerit quantum satis est ne iudicia eius inquietet. Sic enim construendus & intelligendus est Vlp.in *d.l.1.§.si parens.* Non quomodo ab interpretibus vulgo accipitur, qui ex eo loco solent colligere differentiam inter eam portionem, quæ patri debetur in bonis filij, & eam quæ filio debetur in bonis patris, quasi possit illa magis quàm hæc tolli per pactum de non succedendo, quod euidenter falsum est, & à nobis iam aliàs refutatum in Decadibus nostris *De errorib. pragmatic.* Porrò duobus his casibus ait Vlpianus doli exceptione repellendũ esse patrem si post filij mortem velit petere bonorum possessionem contra tabulas, cùm ei filius adhuc viuus, id est inter viuos prouidisse posteriore casu videatur, vt in *l.cùm quo 56.§.vlt. D.ad leg.falcid.* Tertius casus est, quo bonorum possessionem contra filij tabulas parens non accipit, si fortè filius militare cœperit. Nam Diuus Pius rescripsit patrẽ ad contra tabulas bonorum possessionem hoc casu venire non posse *d.l.1.§.est & alius.* Scilicet quod ad bona filij castrensia ad quæ restringendum esse rescriptum Diui Pij constat ex *l.nam in bona 30.iunct.§.vl.l.præced.D de testam.milit.* Quamuis in querela inofficiosi testamenti hæc distinctio non adhibeatur. Est enim hoc vnum ex priuilegiis militum inter cætera vt ipsorum testamenta per querelam inofficiosi testamenti rescindi non possint *l.de inofficioso 9.C.de inoff.testam.* Et ratio diuersitatis illa fortasse est quod querela inofficiosi suggillat existimationem defuncti non etiam bonorum possessio contra tabulas, ideóque minùs hæc odiosa quàm illa est Quartus casus addendus est ex Diui Traiani rescripto, quod Papinianus refert in *l.vlt.eod.tit.si à parent.quis manum.* de patre qui coactus sit à Principe (ab alio enim cogi non posset) emancipare filium quem malè & contra pietatem afficiebat. Nam si velit ille tanquam manumissor defuncto postea filio bonorum possessionem contra tabulas petere, deneganda illi est, propter necessitatem soluendæ pietatis, vt ea lex ait, id est, quia non nisi coactus & ex necessitate ius suum patriæ potestatis remiserit, non vt beneficium aliquod in filium conferret. Omnium difficillimum in hoc tractatu illud est quod ex Iuliano Vlpianus scribit in *d.l.1.§.vlt si à parent.quis manumiss.sit,* Patrem accepta contra tabulas bonorum possessione etiam ius antiquum, quod & sine manumissione habebat posse sibi defendere, Nec enim nocere ipsi debere quòd iura patronatus habeat cùm sit & pater. Etsi namque non ignoro ius antiquum à plerisque intelligi ius querelæ inofficiosi testamenti, tanquam quæ competat patri præterito *l.pater filiũ 14.cum seq.D.de inoff.testam.* & quidem ex iure ciuili quod antiquius est prætorio ad differentiam scilicet bonorum possessionis contra tabulas, quæ cùm sit ex iurisdictione prætoria ius nouum dici non malè potest (quam sententiam à Viglio primùm inductam ad *tit.De inoff. testam.* posteáque à Cuiacio confirmatam *lib.8.obseruat.cap.23.* nos quoque aliquando bona fide secuti sumus) Ne tamen hanc interpretationẽ probare possim duo faciunt. Illud primùm quod Iulianus & Vlpianus de eo iure antiquo loquuntur, quod possit pater sibi defendere accepta contra tabulas filij bonorum possessione, ac proinde rescisso iam per eam bonorum possessionem testamento, Atqui fieri nõn potest, vt testamentum quod iam rescissum sit per contra

L. cùm quo 56.§.vlt.D. ad leg.falcid.

d.l.1.§.est & alius l.nam in bona 30. D. de testa. milit.

L.vlt. D si à parent. quis manumis.

d.l.1.§. vlt. si à parent. quis manu. sit.

l.pater filiũ 14 cum seq. D. de inoff. testam.

contra tabulas rursum per querelam rescindatur, nō magis quàm vt quod nullum est rumpi possit *l.5.vers.post defectum D.de iniust.rupt.* Ergo nec illud vt pater qui contra tabulas filij bonorum possessionem accepit querelam inofficiosi habere prætereà possit. Nec possum satis mirari quod Cuiacius supradicto loco tradit ex hac specie sumi posse accommodatissimum exemplum ad eam iuris regulam de qua in *l.quoties duplici* 91. *De regul.iur.* Regula siquidem hoc tantùm habet, Quoties duplici iure defertur alicui successio repudiato nouo iure quod ante defertur superesse vetus. At nos eum casum tractamus quo ius nouum bonorum possessionis contra tabulas non sit repudiatum, sed agnitum, vt apertè probant verba illa Iuliani *accepta contra tabulas bonorum possessione.* Neque rursus verum est querelam inofficiosi testamenti esse ius aliquod siue nouum, siue vetus quo successio deferatur: Quandoquidem is qui de inofficioso conqueritur, non ideo succedit, sed tantùm aperit sibi viam ad ius legitimæ successionis cui locus omnimodo futurus sit rescisso demum testamento. Quare nec aliud exemplum ad eam regulam accommodatius quærendum est, quàm de legitimo alicuius herede, qui etiam testamento institutus proponatur. Habet enim hic duplex ius succedendi ex testamento scilicet & ab intestato, quorum prius dicitur nouum quamuis priore loco deferatur, posterius verò vetus, quia quod quis ab intestato succedere possit tāquam filius, aut tanquam agnatus habet à natura, vt autem possit succedere ex testamento, habet à defuncto & ex ipsius voluntate, quam negari non potest esse posteriorē iure sanguinis, ex quo ius legitimæ successionis inducitur. Repudiata verò testamentaria successione quàm quia priùs quoque repudiari necesse est, vtique superest ius vetus succedendi ab intestato, nisi proponas adfuisse animum vtriusque simul repudiandæ *l.illud dubitari* 77. *De acq hered.* Sed &, quis dicat patri priùs deferri bonorum possessionem contra tabulas filij à quo sine causa præteritus fuit, quàm inofficiosi querelam testamenti? Nec enim habent hęc duo iura ordinem inter se vllum prioritatis, vt ita dicam & posterioritatis, quomodo habent successio testati, & successio intestati. Hęc enim sequitur, illa præcedit. Atqui regula iuris loquitur de eo iure nouo quod antè quàm vetus deferatur. Non ergo de bonorum possessione contra tabulas, nec de querela inofficiosi, quæ patri detur. Aliud quod me mouet illud est, quod Iulianum & Vlpianum ita scripsisse video *& ius antiquum quod & sine manumissione habebat.* Atqui si pater filium nō manumisisset, filius testamentum facere nunquā potuisset, ne patre quidem volente *l.qui in potestate* 6. *D.qui testam.facer.poss.* *l.tam is* 25. §. 1. *D.de mort.caus.don.* nec proinde querelam inofficiosi testamenti proponere pater vnquam posset. Igitur de alio iure antiquo, quàm de querela inofficiosi locus hic intelligi debet: Ac nisi me fallo (est enim sanè lubricus & periculosus) de iure dominij quod in bonis omnibus filij prædefuncti habet pater qui filium nunquam emancipauit, licèt testamentum facere filius potuerit, & fecerit, si modò aliqua ratione apud patrem bona illa filij remanserint, vt euenit cùm filiusfamilias peculium castrense habens decessit, aut intestatus, aut patre instituto, aut etiam extraneo si voles, sed qui hereditatem filiifamilias aliquam facere adeundo noluerit: Quibus casibus constat patrē retrouideri semper habuisse dominia rerum omnium filij antiquo iure, vt Thryphon. loquitur in *l.de hereditate* 19. §. *pater in fin. D. de castrens.pecul.* & nos pluribus explicauimus ad Princip. 6. illat. 12. & ad Princip. prox. illat. 5. Dices id fieri iure

l.quoties duplici 91 de regul.iur.

L.illud dubitari 77. D. de acquir. hered.

L.de hereditate 19. §. pater D. de castr. pecul.

patriæ potestatis, quæ ipso iure tollitur per emancipationem, & ideo fieri non posse, vt dominium quod haberet pater in bonis filij castrensibus, habeat etiã in bonis filij emancipati. Respondebo filiofamilias milite de castrensibus bonis suis testato, non plus iuris habere posse patrem in iis bonis quàm si filius fuisset emancipatus cùm hoc casu & quantum ad ius disponendi de his bonis pertinet filiusfamilias pro patrefamilias habeatur *l.2.D.de SC.Mace.l.vl.D. ad SC.Tertyll.* Emancipatio verò quid aliud facere possit, nisi ex filiofamilias patremfamilias? atque ita ei tribuere ius faciendi testamenti? Rursum quid intersit an filius testamento facto heredem patrem instituerit, an verò eum ita præterierit, aut ex minore quàm ex debita portione instituerit, vt acceperit pater contra tabulas filij bonorum possessionem? Vtroque siquidem casu succeditur si non ex testamento saltem ex causa testati, neutro autem ab intestato. Nec minùs intestati successionem impedit bonorum possessio contra tabulas quàm si secundum tabulas accepta esset. Ob idque nec fieri potest, vt concurrat cum querela inofficiosi testamenti, quæ semper ita rumpit testamentum, vt inducat successionem intestati: facit *l.non putauit 8.D.de contr.tab.§.sunt autem infr.de bonor.poss.* Itaque quamuis diuersa sit meliórque condicio emancipati filij quàm filiifamilias castrense peculium habentis, in eo quod ab intestato quoque heredem habere potest, vt & alius paterfamilias quilibet, nõ etiam filiusfamilias miles *l.2.De castrens.pecul.* hîc tamen cùm pater contra tabulas filij emancipati bonorum possessionem accepit, nihil est, quod de successione intestati tractari possit, nec quod emancipatio videri queat filio attulisse; nisi vt eum capacem fecerit bonorum sibi quærendorum, quorum alioqui capax etiam esse potuisset filiusfamilias manens non tantùm ex causa castrensis peculij in quo patrisfamilias iure cẽsetur, quemadmodum diximus, sed etiam si pater ipse sibi per filium acquiri noluisset, vt in specie *l.cogi 16.§.si pater D.ad SC. Trebell.* aut in fraudem fideicommissi filio à se relicti aliquid fecisset; vt in specie *l.imperator 50.eod.* Ergo non esset bona consecutio si quis diceret, emancipatum filium capacem esse bonorum acquirẽdorum, ac proinde nõ posse patrẽ in iis bonis dominij ius habere, ne quidẽ filio defuncto, Alioqui perinde hoc ipsum quis inferret cõtra patrẽ, cuius filiusviuẽs propriũ aliquid habuisset. Etsi autẽ bonorũ possessio cõtra tabulas quę filij tabulas rescindit, nõ similiter rescindit emãcipationẽ, nec proinde restituit patri ius potestatis, quod emãcipatio sustulerat, cùm tamen totus emancipationis effectus, & finis ille fuerit, vt filius & sibi acquirere posset, & de bonis acquisitis pro arbitrio, siue inter viuos, siue in vltima voluntate disponere, hoc ipsum verò vtrumque fiat irritũ eo casu quo emancipatus filius ita fuerit testatus, vt bona omnia quæ adquisiuerat, & de quibus in vltima voluntate disposuerat, apud patrem remanserint, quid obsecro impedire potest, quominùs eodem iure pater hic censeatur, quo si numquam emancipasset filium, qui tamen aliqua bona sibi propria habuisset? Aut quid prodest retinere memoriam & potestatem emancipationis eo casu, quo pater omnia filij bona perinde retineat acsi emancipatio nulla præcessisset? Denique hoc volo, potestatem bonorum possessionis huius cõtra tabulas licèt non tollat emancipationem nec eam rescindat, tollere tamen intellectum emancipationis, quod ad id vt in iis bonis quæ per eam bonorum possessionem apud patrẽ resident, nulla emancipationis ratio haberi possit. Exẽplo eius quod Papin. scribit in *l.si patroni 55.§.vlt.D.ad SC.Trebell.* potestatem oui-

Per bonorũ possessionem contra tabulas succeditur ex testamento.

L.si patroni 55.§.vlt. ad SC.Trebell.

euictionis in illa specie tollere intellectum restitutionis. Ob idque sic Iulianus noster loquitur, vt dicat patrem accepta contra tabulas bonorum possessione ius antiquum posse sibi defendere, vt intelligamus non sentire Iulianum de tali iure antiquo, ex quo possit pater succedere aut agere (quid enim eget ille iure succedendi aut agendi siue antiquo, siue nouo, qui bonorum possessionem contra tabulas accepit?) sed quod solam assertionem inducat & defensionem, Quod euenit cùm pater dominum se dicit tanquam pater bonorum quorum factus erat possessor tantùm, aut saltem nonnisi bonitarius dominus ex beneficio bonorum possessionis contra tabulas. Nec enim prætor dominum quiritiarium facere poterat ob idque nec heredem *§. quos autem Instit. de bonor. poss.* sed bonitarium duntaxat *l. 1. D. de fund. dotal. l. si finita* 15. *§. Iulianus D. de damn. infect.* Nemo autem nescit quantum olim interfuerit an quis dominus esset bonitarius an quiritiarius, cùm non alius verè & absolutè dominus dici posset, quàm qui iure Quiritium talis esset. Itaque cùm intersit patris qui tanquam manumissor accepit contra tabulas filij emancipati bonorum possessionem vt non tantùm bonorum possessor sit dominúsve bonitarius, sed etiam dominus iure Quiritium (qualis proculdubio esset si prædefunctus filius numquam manumissus fuisset, nec eo minùs tamen aliqua bona moriens reliquisset ex iis scilicet causis ex quibus filiusfamilias proprium aliquid habere potest) fatendum est quod ex Iuliano Vlpianus scribit acceptam iure prætorio à patre bonorum possessionem contra tabulas filij emancipati, non debere patri obstare, quominùs idem ille ex iure suo antiquo quod tanquam pater habiturus erat etiam citra manumissionem possit dominium sibi adserere, vt hoc ipso plus iuris habeat, quàm sola bonorum possessio contra tabulas esset ei allatura. Videtur autem omnium elegantissimè locus hic probare filiumfamilias iam olim fuisse acquisitionis capacem, Alioqui nullum ius habere posset pater in bonis filij sine manumissione si nec filius ipse bona vlla habere posset, etiam extra causam castrensium, cùm de castrensibus hoc loco Vlpianus non loquatur. De quo tamen alibi sæpius à nobis tractatum est, quamuis numquam citato in eam rem hoc responso.

L. 1. D. de fund. dotal. l. si finita 15. §. Iulianus De damn. infect.

Filiumfamilias iam olim fuisse acquisitionis capacē.

ILLATIO V.

De legitima parentum tutela.

QVintò ex eodem Principio fit vt si impubes sit filius qui emancipatur vel filia, pater qui emancipat hoc ipso legitimam filij tutelam nanciscatur, vt Iustinianus scribit in hoc *§. & latiùs in tit.* De *legit. parent. tutel. infr.* Nam cùm tutela sit ius & potestas in capite libero vt dicemus ad *tit. seq.* nec fieri possit vt vnus & idem eodem tempore sit in duorum potestate, consequens est vt qui in patris tanquam tutoris potestate est desinat, immò verò iam priùs desierit esse in potestate ipsius tanquam patris. Dissolutio enim patriæ potestatis illa est, quæ tutoriæ locum facit. Et quamuis filiusfamilias per emancipationem desinat esse filius, quantum ad ius ciuile attinet, quia tamen pater reuera & naturaliter manet pater, nec ideo amisit filiumfamilias quod eum malè tractauerit, sed potiùs quòd suo incommodo tantum beneficium in eum contulerit, Nihil causæ est cur non eidem ipsi patri potiùs quàm alij vlli committenda sit vita totúmque patrimonium impuberis emancipati iure legitimæ tutelæ. Quāuis inter patrem & filium emancipatum ius nullum supersit legitimæ succes-

Tit. De legit. parent. tutel.

l. quo tutela 73. De regu. iur.

sionis, dicique soleat quo tutela redit eò & hereditatem redire oportere. *l. quo tutela 73. De regul. iur.* Aliud enim hac parte ius est tutelæ legitimæ, aliud verò legitimæ successionis. Solius nãque impuberis fauor in eo vertitur, vt tutorem habeat patrem potiùs quàm alium: quæ pupilli vtilitas vt scilicet ipsius vita in tutiore loco sit, cum reipublicæ quoque vtilitate coniuncta est, ad quam vel illud maximè pertinet vt impuberum saluti, & securitati consulatur per quos fieri possit aliquando vt respublica gubernetur, conseruetur, adeóque collapsa restauretur. At vt defuncti impuberis puberísve successio ad patrem potius quã ad alium pertineat nihil interest reipublicæ. Ideóque non quemadmodum tutela ita & successio vlla legitima parentum qui liberos emancipassent constituta fuit. Quanquam si verum amamus, habet pater legitimam hanc filij sui impuberis emancipati tutelam non tanquam pater sed tanquam patronus ob hoc ipsum quod filium emancipando manumisit, secundum ea quæ diximus illatione præcedenti. Nam & Iustinianus ipse in hoc §. scribit patrem nancisci tutelam hanc ex manumissione, & in *dict. tit. De legit. parent. tutel.* idem ille ait exemplo legitimæ tutelæ patronorum, & hanc quoque receptam esse, quæ & ipsa inquit legitima vocatur, Eodem prorsus modo quo & legitima tutela patronorum, Non quòd de ea quicquam nominatim cautum sit lege 12. tabul. sed quia perinde accepta est per interpretationem acsi verbis legis introducta esset. Eo enim ipso, quod libertorum libertarúmque hereditates si intestati decessissent iusserat lex ad patronos eorúmve liberos pertinere, crediderunt veteres voluisse legem etiam tutelas ad eos pertinere, sumpto argumento ab agnatis quos & ad hereditatem & ad tutelam quoque eadem lex vocat vt Iustinianus ratiocinatur in *tit. De legit. patron. tutel.* Quod cùm ita sit fatendum est non esse hac parte diuersam rationem legitimæ tutelæ, & legitimæ successionis, nec violari hoc casu regulam illam iuris quæ tutelam defert iisdem personis quibus & hereditatem nisi cùm fœminæ intercedunt. Pater enim tanquam patronus, sicut impuberis emancipati legitimus tutor est, ita & legitimus hæres ex lege 12. tabul. Quo etiam exemplo dat ei prætor bonorũ possessionem contra tabulas filij, sicut & patrono alij cuilibet contra tabulas liberti, vt diximus illatione præcedenti ex *l. 1. & tot. tit. D. si à parent. quis manum. sit.*

§. praterea hoc tit.

Legitima patronorum tutela.

Tit. de legit. patr. tut.

L. 1. & tot. tit. D. si à parent. quis manum. sit.

ILLATIO VI.

De iure quod habet parens manumittendi quos velit ex suis liberis.

SExtò ex eodem Principio fit, vt liberum sit ei qui filium & ex eo nepotem vel neptem in potestate habet filium quidem de potestate dimittere, nepotem verò vel neptem retinere, ac è conuerso filium quidem in potestate retinere, nepotem verò vel neptem manumittere, sicut & omnes sui iuris efficere si vellet, posset. Idémque de pronepote & pronepte iuris est, quemadmodũ scribit Iustin. in *§. admonendi hoc tit.* post Caium in *l. liberum 28. D. de adopt.* Nam cùm ius patriæ potestatis sit patris nec tantùm in liberos suos primi gradus, sed etiam in omnes ex eis descendentes, non est ille cogendus vt ius suum vel retineat, vel remittat nisi eo ipso quo velit modo: quandoquidem patria potestas inæstimabilis res esse creditur vt est *l. filiusfamilias 114. §. sed si liberos De legat. 1.*

§. admonendi hoc tit. l. liberum 28. D. de adopt.

ILLA-

ILLATIO VII.

De filiofamilias in adoptionem dato.

SEptimò ex eodem Principio fit vt quiſquis filiumfamilias ſuum alij dat in adoptionem hoc ipſo amittat ius patriæ poteſtatis, inſpecta ſcilicet iuris veteris ratione cùm adoptio non poſſet fieri quin emancipatio vna pluréſve interuenirent vt Iuſtin. refert in *l. vlt. C. de adopt.* Nec rurſus quin adoptatus in familiam & poteſtatem veniret adoptantis. Atqui iam ſæpius diximus fieri numquam poſſe vt quis ſit in duorum poteſtate. Nec illud igitur fieri poterat vt nō exiret de patris naturalis poteſtate qui in patris adoptiui poteſtate conſtitueretur. Sed Iuſtiniani conſtitutionibus immutatum hoc eſt, non ex illa ſolùm parte qua veteres illos circuitus ſuſtulit in *l. vlt. C. de adopt.* verùm ex illa etiam qua induxit vt qui in adoptionem datur à patre naturali & legitimo non idcirco exeat de ipſius poteſtate, ſed remaneant patris naturalis iura integra, perinde acſi adoptio nulla facta eſſet niſi eo vno caſu quo pater filium quem in poteſtate ſua habet auo vel proauo naturali dederit in adoptionem *l. penult. eod. tit. C. de adopt.* de cuius ſententia quam Iuſtinianus repetit in *§. ſed etſi pater hoc tit.* ſcripſimus nonnulla ad *tit.* De *patr. poteſt Princ. 4. illat. 4. & ad tit. De adopt. Princip. 1. illat. 12.* *L. vlt. C. de adopt.* *L. pen. eod. tit. C. de adopt.*

ILLATIO VIII.

De nepote concepto ante vel poſt filij emancipationem.

OCtauò ex eodem Principio fit vt ſi nurus tua ex filio tuo conceperit, & filium poſtea emancipaueris vel in adoptionem dederis prægnante nuru tua, nihilominùs quod ex ea naſcitur in poteſtate tua naſcatur. Quòd ſi poſt patris ſui emancipationem vel adoptionē conceptus fuerit, patris ſui emācipati, vel aui adoptiui poteſtati ſubiiciatur vt Iuſtin. ſcribit in *§. illud autem penult. huius tit.* Hac enim parte vt & in aliis pleriſque conceptionis tempus attenditur potiùs quàm natiuitatis eodémque iure cenſetur qui in matris vtero eſt quamuis nondum natus ſit, quo ſi iam natus eſſet: cùm ſcilicet de ipſius partus commodo agatur. *l. 7. l. qui in vtero 26. De ſtat. hom.* Nec enim dubitandum eſt quin nepotis interſit vt patre emancipato retineatur ille in aui ſui paterni poteſtate vel ob hoc ipſum vt ſuus heres naſci & ſui heredis iura nanciſci poſſit, in familia & hereditate aui, perinde acſi patrem nullum haberet. Quamquam enim patri etiam emancipato dat prætor bonorum poſſeſſionem acſi emancipatus non fuiſſet, coniungit tamen cum eo liberos ipſius in aui poteſtate retentos. Ex ea parte edicti quæ eſt De *coniung. cum emancip. liber. eius.* Non alia ratione, quàm quod æquiſſimum temperamentum illud viſum ſit vt neque emancipatus ſolus veniat, & in totum excludat nepotes in poteſtate manentes, qui è contrario totum iure ciuili habere deberent, neque nepotes iure poteſtatis obiiciantur in totum patri ſuo, quem prætor perinde nocet acſi emancipatus non fuiſſet. Porrò ſi emancipatus non eſſet nō ſolū partē bonorū haberet ſed totam ipſam bonorum vniuerſitatem vt ratiocinatur Vlp. in *l. 1. §. 1. ill. tit.* Neq; eſt quod quis dicat, immò verò vtilius fore huic nepoti qui adhuc in vtero eſt ſi non remaneat in poteſtate aui patre emancipato. Id enim tùm verè diceretur, cùm emancipato patre ipſe quoque cōceptus ex eo nepos emācipatus intelligeretur, quia ipſius proculdubio intereſſet ſui iuris eſſe potiùs

§. illud autē penult. hoc tit.

Edictum De coniung. cum emancip. lib. eius.

L. 1. §. 1. ill. tit. De coniung. cum emancip. lib. eius.

quàm alieni. Sed cùm neque possit emancipari qui nondum natus est, neque proinde possit ille effugere quin nascatur in alicuius potestate, siue pater, siue auus paternus ille futurus sit, est sanè ipsi multò commodius vt auo quã vt patri suus heres nascatur. Siquidem aui hereditas & opulentior futura est quàm patris qui nunc primùm fuerit emancipatus, & probabiliori spe citiùs deferenda, ex ipsius non tantùm aui, sed etiam naturæ voto, quod illud est vt auo pater, patri filius superuiuat *l. nam etsi* 15. *D. de inoff. test. l. scripto* 7. *§. vlt. D. vnd. liber. l. vlt. D. de bon. damnat.*

ILLATIO IX.

De non cogendo patre vt liberos suos emancipet.

NOnò ex eodem Principio fit vt neque naturales, neque adoptiui liberi qui in patris siue naturalis, siue adoptiui potestate sunt, cogere illum possint vt emancipet *l. non potest* 31. D. *de adopt.* Adeo vt neque rescripto Principis id impetrari possit *l. nec auus* 4. *C. de emancip. liber.* Vbi ratio redditur, quoniam id fieri non posset citra iniuriam siue patris siue aui qui filium aut nepotem emancipare iuberetur. Rescripta verò Principum ad alienam iniuriam porrigi numquam debent *l. ex facto* 43. *De vulgar. & pupil. substit. l.* 2. *§. meritò & §. si quis à Principe D. ne quid in loc. public.* Ideo autem iniuria fieret ei qui emancipare cogeretur quia vt Principium nostrum habet, per emancipationem vinculum patriæ potestatis dissoluitur, patria verò potestas inæstimabilis res est, vt diximus ad *Princip. 1. tit. De adopt. illat.* 26. *ex l. filiusfamilias* 114. *§. sed si liberos De legat.* 1. vbi ob hanc causam scribit Marcianus, si quis alterius testamẽto rogatus sit vt filium suum emancipet, non esse cogendum: quod & Papinianum sensisse refert Vlp. in *l. si cui legatum* 92. *De condic. & demonstr.* in illa etiam specie cùm patri aliquid legatum fuerit, isque rogatus sit liberos suos emancipare. Quamquam concludit ibidem Vlp. magis esse vt hoc casu extra ordinem constitui debeat eum patrem qui agnouit legatum vel fideicommissum, quod sibi relictum est hac contemplatione vt liberos suos emanciparet, cogendum emancipare. Neque enim circumueniri, inquit, debet voluntas testantium. Sic denique hoc accipiendum (malo enim legere *denique* quàm vt vulgo *deinde*) quemadmodum si sub condicione liberorum emancipandorum ei fuisset legatum, vel sub hoc modo relictum vt eos emanciparet. Qui casus duo nullam dubitationem recipere possent, ob voluntatem testatoris, qui vtique non aliter fuerat patri legaturus. Quæ voluntas multò minùs aperta est cùm diuersis licet contiguis orationibus patri aliquid legatur, & ille vt filium emancipet, rogatur: qua in specie Papinianus responderat non esse cogendum patrem emancipare, quasi non constaret hoc casu relictum legatum, contemplatione emancipationis faciendæ. Illud sanè constat fuisse semper odiosas patribus huiusmodi condiciones emancipandorum liberorum, vt coniicere licet ex *l. quidam* 46. *D. de hered. instit.* vtpote per quas id videatur agi, vt non tantùm patriæ potestatis, sed etiam pietatis vinculum dissoluatur, quomodo loquitur Papin. in *l. vlt. D. si à parent. quis manum. sit.* Multum siquidem ad retinendam pietatis obseruantiam prodest retineri spem quam continuis obsequijs liberi parare sibi solent consequendorum à parentibus bonorum *l. nec ei* 17. *§. pen.* D. *de adopt.* Obsequi autem non potest filius cui pater pro suo iure impetrare nihil potest, cùm

L. non potest 31. D. de adopt. l. nec auus 4. C. de emanc. liber.

l. filiusfamilias 114. §. sed si liberos de leg. 1. L. si cui legatum 92. De condic. & demonstr.

L. quidam 46. D. de hered. instit. L. vlt. D si à parẽ. quis manum. sit. L. nec ei 17. § pen. D. de adopt.

cùm obſequium dicatur ex imperij comparatione *l.4. De regul. iur. l. 4. C. ad leg. Iul. de adulter.* Sunt tamen etiam alij caſus in quibus pater filium emancipare cogitur. Inter quos ille eſt, ſi pater filium malè tractet id eſt patriam poteſtatem nimis acerbè in eum exerceat & contra officium pietatis paternæ vt in *dict. l. vltim. D. ſi à parent. quis manum. ſit.* Non etiam ſi pater abutatur iure ſuo patriæ poteſtatis ad profliganda & diſſipanda bona, quæ vel ipſius filij iam ſint, vel ei quandoque reſtituenda vt in ſpecie *l. imperator 50. D. ad SC. Trebell.* Nam aduerſus fraudem patris quod ad bona filij attinet alio remedio ſuccurri poteſt, Non quidem vulgaribus cautionibus quæ in eam rem ab alio præſtari poſſent & deberent (nec enim poſſunt inter patrem & filium interponi ſalua patria poteſtate) ſed cogendo patre bona illa filio ſtatim reddere, ita vt nihil iuris habeat in iis bonis quandiu filius viuit *d. l. imperator*. At contra patrem qui in perſonam filij ſupra modum ſæuiat, nullo alio auxilio proſpici poteſt quàm vt filium emancipare compellatur. In domino ſeruum ſuum malè afficiente aliud eſt. Iubetur enim & cogitur non quidem dare ipſi libertatem quod nimis magnum durúmque eſſet, ſed alteri eum vendere, atque adeò ita vt in ipſius prioris domini poteſtatem numquam reuerti poſſit *l. 2. D. de his qui ſui vel alien. iur. ſunt.* Seruus enim ſicut & quælibet alia res quæ in commercio ſit vendi poteſt, non etiam liber homo & ciuis qualis proculdubio eſt quiſquis filiusfamilias eſt *l. 4. eod.* Eſt & alius caſus quo non melior domini quàm patris condicio eſt in amittendo iure poteſtatis etiam, quod magis eſt citra vllam manumiſſionem. Nimirum ex Impp. Theodoſij & Valent. conſtitutione in *l. lenones 6. C. de ſpectac. & ſcenic. & lenon. lib. 11. tit.* 40. Si pater vel dominus leno probetur, qui ſuæ vel filiæ vel ancillæ peccandi neceſſitatem imponat. Hic enim nulla quoque interueniente manumiſſione ſed ſolo magiſtratus ſuffragio per filiam aut ancillam implorato non ſolùm poteſtatem quam habuit amittit, ſed etiam proſcriptus, exilij pœna mulctatur, publicíſque metallis, grauiore quolibet ſupplicio digniſſimus, addicitur.

Alij caſus in quibus pater filium emancipare cogitur.

d. l. vltim. ſi à parent. quis manu. ſit l. imperator 50. D. ad SC. Trebell.

l. 2. D. de his qui ſui vel alien. iur. ſunt.

l. lenones 6. C. de ſpectac. & ſcenic.

TIT. XII.

De tutelis.

PRINCIPIVM I.

Definitio tutelæ.

TVTELA eſt vis ac poteſtas in capite libero ad tuendum eum qui propter ætatem ſe defendere nequit, iure ciuili data & permiſſa, vt Iuſtin. ſcribit in *§. 1. huius tit.* poſt Seruiũ & Paulũ in *l. 1. D. eod.* In qua tamen definitione malunt quidam legere *ius* quàm *vis* ſecuti Theophilum, qui tutelam definit δίκαιόν τι hoc eſt ius aliquod. Sed quamuis verum ſit tutelam ius eſſe, ob ídque & per *ius* tãquam per genus ſuum definiri commodè poſſe, vt & patria poteſtas, & obligatio, & actio & alia penè innumera huiuſmodi quæ ſunt iuris ciuilis, elegantius

§. 1. hoc tit. l. 1. D. eod.

tamen dixit Seruius esse vim, quàm si ius esse dixisset. Quod enim exprimendum erat in definitione vt appareret tutelam esse iuris & quidem ciuilis, satis expressum est sequentibus illis verbis *iure ciuili data & permissa.* At illud quoque exprimi oportuit tutelam esse vim quandam, vt eius effectus meliùs perciperetur. Dicitur enim vis, quia neque à natura primam originem suam trahit, vt patria potestas quæ in eos tantùm nobis competit, quos ex iustis nuptiis suscepimus & in liberũ hominem etiam inuitum exercetur, quod sanè citra vim fieri non potest. Vis namque est quotiescumque de se suisve rebuspro arbitrio disponere liber homo prohibetur: quæ res naturalem ipsius quodámodo imminuit libertatẽ. Cũ libertas definatur naturalis facultas eius, quod cuique facere libet nisi si quid vi aut iure prohibeatur facere *l. libertas* 4. *De stat. homin.* iunct. *l. extat* 13. *D. quod met. caus.* Ac quoniã nihil est quod ciuilis legislator tã exosum habeat quàm vim & impressionem ne ciuis romani libertatẽ vel minima in re diminui, rixarúmque in republica materiam nasci patiatur, cõstitutis in eam rem publicè magistratibus, quorũ autoritate vnusquisque quod suũ esse sibive deberi putet, persequatur: *l. non est singulis* 176. *De regul. iur. l. si quis* 7. *C. vnde vi. l.* 1. *C. si per vim vel alio mod.* iunct. *l. si cuius* 13. *§. sed si inter duos aliàs l. æquissimum D. de vsufr.* bene additum est in definitione hanc vim quam tutor habet in pupillũ iure ciuili permissam esse. Sic enim accipienda sunt verba illa *iure ciuili data & permissa*, vt verbum *permissa* ad vim referatur *data* verò ad potestatem. Potestatem namque dari oportuit, quatenus verò potestas illa vis quædam est, sufficere debuit vt permitteretur, id est vt esset inculpata. Cur autem permissa sit, ratio non est in obscuro, quia scilicet ad ipsius pupilli cui infertur, commodum pertinet, cùm is propter ætatem seipsum tueri non possit, neque decernere quid sibi faciendum sit aut detrectandum. Eò námque pertinet quod Seneca quodam loco scribit, Duplex beneficium accipere illũ, qui vt accipiat inuitus cogitur. Nã & inde tutores dici placuit quasi tuitores, sicut & æditui dicuntur qui ædes tuentur, inquit Paulus in *d. l.* 1. *§.* 1. *De tutel.* vt intelligant nullam se in personas & bona pupillorum habere potestatem nisi ad eum finem vt ipsorum & vitam, & facultates tueantur, non vt ea vi & potestate in ipsorum perniciem abutantur. *l. qui fundum* 7. *§. si tutor D. pro emptor.* Vnde etiã est quod Iustin. scribit in *§. pen. infr. de Attil. tut.* non tantùm ciuili, sed etiã naturali iuri conueniens esse vt is, qui perfectæ ætatis non sit alterius tutela regatur. Quamquam si quis ideo tutelã iuris naturalis esse diceret is procuLdubio erraret. Iuris enim tantùm ciuilis est, cũ lege 12. tab. fuerit primũ inducta. Ostendunt verò verba illa *vis ac potestas* id quod sequitur *in capite libero* ita esse accipiendum acsi scriptum esset paullo elegantiùs *in caput liberum.* Non enim id agebat Seruius cùm tutelam definiebat vt moneret alium tutorem dari non posse quàm eum qui esset liber homo, nec rursus alij quàm libero: quandoquidem sequens illa adiectio *iure ciuili data* satis excludebat seruilem condicionem & à tutoribus & à pupillis cum serui iure ciuili & consequenter in iis omnibus quæ iuris ciuilis sunt pro nullis habeantur *l. quod attinet* 32. *De regul. iur.* Sed vt significaret dignitatem tutelæ, quæ tanta est vt ex hac causa etiam in caput liberum possit quis eam vim & potestatem habere, vt sequitur apud Paulum, quamuis non sit pater, nec citra patrem cuiquam liceat potestatem aliquam sibi adrogare in ciuem romanum nisi publico magistratus iure, at ne quidem in eum seruum qui sit alienus. Ex quo

L. libertas 4. D. de stat. hom. l. extat 9. quod met. caus.

Ratio inducendæ, & permittendæ tutelæ.

d. l. 1. §. 1. D. hoc tit.

§. pen. infr. de Attil. tutor.

quo intelligimus tutoris potestatẽ quã in pupillum habet, tametsi distincta sit à patria potestate nõ minùs quàm nomen ipsum tutoris à nomine patris (quò respicit proculdubio Iustin. cũ initio tituli præfatur, ex iis personis quæ in potestate nostra non sunt alias esse in tutela, alias in curatione, alias neutro iure teneri, quasi is qui in tutela est, non sit in alterius potestate) portionem tamen quandam esse patriæ potestatis, vt qui tutor est reuera nihil aliud, quàm alius quidam pater temporarius esse videatur. Nã & inde est, quod quãuis potestas patria finiatur morte vt superiore titulo diximus, patri tamen permissum est testamento suo tutorẽ pupillo dare vt postea dicemus, sicut & heredem ei facere per substitutionem pupillarem *l. 2. & pass. De vulg. & pupill. subst.* vt intelligimus vim patriæ potestatis iũcta iuris potestate protrahi quodammodo in tempus vsque pubertatis. Certum enim est tutelã testamento patris mandari, non iure voluntatis duntaxat vt cætera quæ in testamento relinquuntur, sed etiam iure patriæ potestatis, quomodo eleganter loquitur Papinianus in *l. impuberi 40. in fin. De adm. & peric. tutor.* Nam de bonis quidem suis paterfamilias quilibet pro arbitrio disponere ex lege 12. tab. potest *l. verbis legis 120. De verb. signific. l. 1. D. ad leg. Falcid.* Sed de alterius persona eáque libera disponere, quo modo disponit pater qui filio tutorem dando dat tutori vim & potestatem in caput filij, non alius potest quàm qui & pater sit, & omnium maximum ac nobilissimum patriæ potestatis actum hunc exerceat. Vnde etiam sic Papinianus loquitur vt dicat mandari tutelam, quomodo dicimus mandari iurisdictionẽ *l. 1. & tot. tit. De offic. eius cui mandat. est iurisd.* Siquidem mandare quisque dicitur eam ipsam potestatem quã habet, cùm alium facere vult illud ipsum quod suo iure facere ipse posset. Fuit verò sanè conueniens hac veluti fictione succurri reuera pupillis vt qui verum patrem amisissent in ea ætate in qua potissimùm patris consilio & præsentia egebant, id est in qua sibi ipsis consulere nullomodo possent, perinde tamen regerentur acsi patrem adhuc haberent, ab eo nimirum quem pater moriens tanquam potestatis, prouidentiæ & adfectionis suæ vicarium in eam rem constituisset.

Ius dandi tutorem & substituendi pupillariter descendit ex iure patriæ potestatis.

l. impuberi 40. in fin. D. de admi. tutor.

ILLATIO I.

De pupilli condicione quæ melior est quàm furiosi.

EX hoc Principio illud primùm fit vt quamuis pupillus & iudicio & consilio prorsus careat, ita vt illa etiam quæ videt ignorare credatur, quomodo scriptum est in *l. 1. §. impuberes C. de fals. monet.* nec magis quàm furiosus adfectionem aliquam & voluntatem habeat *l. 1. §. furiosus D. de acquir. poss.* à cuius condicione non multùm abhorrere ob eam causam dicitur in *l. Fulcinius 7. §. planè interdum 11. D. quib. ex caus. in poss. eat.* præsertim verò si eius ætatis sit vt intellectum nullum capiat, id est si sit infans *d. §. furiosus in fin.* Melioris tamen sit condicionis quàm furiosus, in eo vt non tantùm ipsius nomine possit tutor omnia facere, sicut & furioso datus curator facere ferè omnia potest nomine furiosi, verùm etiam ille ipse possit omnia facere tutore autore quamuis furiosus nihil omnino facere queat etiam autore curatore *l. in negotijs 5. De regul. iur.* Nimirum quia pupilli etiam infantis iudicium suppletur autoritate tutoris *l. quamuis 32. D. de acquir. poss. in §. infans*, At non similiter iudicium furiosi autoritate curatoris, Non quòd curator hic non detur personæ furiosi

l. Fulcinius 7. § planè interdum 11. D. quib. ex caus. in poss. eat.

l. in negotijs 5. De regul. iur.

l. quamuis 32. §. infans D. de acqu. poss.

sicut & tutor personæ pupilli, in quo differt vterque à cæteris curatoribus qui non personæ sed bonis dantur *l. cum in vna* 17. §. *vlt.* D. *de appellat.* Sed duplici diuersitatis ratione, Et quia certum est ætatem allaturam esse iudicium pupillo, non etiam resipiscentiam furioso *l. ambiguitatem* 12. *versic. sin autem talis* C. *de vsufr.* Et quia sicuti patris & filij vna eadémque persona esse creditur propter tam arctum vinculum patriæ potestatis *l. ne cum filiofamilias* 16. D. *de furt.* Ita & tutoris pupillique persona quandiu hic pupillus, ille tutor manet, eadem videri potest, imagine quadam & participatione quæ in tutore est eiusdem patriæ potestatis, at quæ non similiter vlla est in curatore. Vnde fit vt & scientia & dolus tutoris noceat pupillo etiam ignoranti *l. seruus* 7. §. *vlt.* D. *de bonor. poss.* *l.* 4. §. *illa etiam quæstio* D. *de dol. mal. except.* Vt intelligamus quod tutor scit pupillum quoque scire videri, vt è contrario impuberes sine tutore agentes nihil scire posse intelliguntur *l. vlt.* D. *de iur. & fact. ignor.* ideóque nec peierare dicuntur *l. qui iurasse* 26. D. *de iureiur.*

l. ne cũ filiofamilias 16. D. de fur.

l. seruus 7. §. vlt. D. de bonor. poss. l. vlt. D. de iur. & fact. ignor. l. qui iurasse 26. D. de iureiur.

ILLATIO II.

Tutorem personæ dari principaliter, Bonis verò non nisi per consequentiam.

SEcundò ex eodem Principio fit vt tutor personæ dicatur dari non bonis nisi per consequentiam *l. quia persona* 14. D. *de testam. tutel.* §. *certæ qui testam. tutor. dar. poss.* Nam cùm tutela sit vis & potestas in caput ipsum vt habet hæc definitio non potest fieri vt tutor quisquam sit qui non personæ detur. Nec obstat quod bonis quoque datus intelligitur. Id enim fit per consequentiam vt dixi, quia bona tanquam minùs digna solent sequi personam tanquam digniorem. Idémque est & in curatore furiosi quia & hic personæ datur principaliter non bonis, quamuis etiam de bonis sicut & de persona furiosi locuta sit lex 12. tab. iis verbis, *Si furiosus quis existet, agnatorum gentiliúmque in eo pecuniáque eius potestas esto*, vt dicemus ad *tit. De curat. in* §. *furiosi.* Quod in cæteris curatoribus diuersum est. Illi enim non personæ sed rebus dantur & bonis, vt proxima illat. diximus, & ad eum *tit. De curat. latius dicemus.*

L. quia persona 14. D. de testam. tutel. § certæ rei infr. qui testam. tutor. dar. poss.

ILLATIO III.

Tutorem certarum rerum vel causarum dari non posse.

TErtiò ex eodem Principio fit vt certarum rerum vel causarum tutor dari non possit, & si datus fuerit, tota datio nihil valeat *l. certarum* 12. *cum seq.* *De testam. tutel.* quia cùm tutor personæ detur non bonis, vt rationis loco subiicitur: ex Marciano in *l. quia persona* 14. *eod. tit.* persona autem sit indiuidua, fieri non potest vt tutela sit coarctata ad certas res, non magis quàm vt incipiat à rebus ipsis: quia non bene videretur, quis tueri personam pupilli si non eas quoque res ipsius omnes tueretur, quas tueri posset ipse si iudicio & consilio polleret. Itaque quod scriptum est in *d. l. quia persona*, tutorem non dari rei, non pugnat cum eo quod Paulus scribit in *l. cùm plures* 12. §. *cum tutor* D. *de administr. & peric. tutor.* Aliud enim est, tutorem dari rei, Aliud dari rebus. Qui dicit dari rei, dicit incipere dationem à re aliqua, vel ad rem aliquam coarctari.

L. certarum 12. cum seq. D. de testa. tutel. d. l. quia persona 14. eod.

l. cũ plures 12. §. cũ tutor D. de admin. tut.

Qui

Qui verò dicit dari rebus, intelligit de omnibus, quòd bona omnia sequantur condicionem personæ *l.per curatorem* 90.§.1.*De acq.hered.* Quamquam non ita Paulus loquitur in *dicto §.cùm tutor*, vt dicat tutorem dari bonis, sed non rebus duntaxat, verùm etiam moribus pupilli præponi, quod longè diuersum est. Ideo namque & rebus & moribus pupilli præponitur quia personæ datur, cuius & moribus & rebus consulendum est, vt ipsi personæ consultum dici possit. Si tamen tutor detur rei Africanæ, vel Syriacæ, placet vtilem esse dationem, Non quidem ex iuris mera ratione, sed quia hoc iure vtimur, vt Vlpian.ait in *l.si tamen* 15.*De testam. tutel.* An exemplo tutoris dati à magistratu, qui alius dari potest Romæ à prætore pro bonis Italicis, alius à præside in prouincia pro bonis prouincialibus *l. pupillo* 27. *D. de tutor. & curat.dat.ab his.* Minimè quia in tutoribus qui petuntur, dantúrque à magistratu illud necessariò inducendum fuit, vt non ab alio dari tutor posset quàm ab eo magistratu qui competens esset, siue ratione domicilij aut ciuitatis vnde originem per condicionem paternam filius duceret, siue ratione loci vbi essent facultates *l.vnic.C. vbi putant. tutor. vel curat.* Siquidem extra territorium ius dicenti impunè non pareretur *l.vlt. D.de iurisdiction.* Ob ídque & simpliciter datus à magistratu tutor, non pro aliis bonis datus videri posset, quàm qui in eo loco essent cuius cura ad dantem pertineret *l.cùm vnus* 12.*§.penultim.D.de reb.autor.iudic.poßid.* Qua etiam ratione si quando magistratus municipalis tutorem det (nam & municipalibus magistratibus ius dandi tutoris concessum fuit) non alium dare poterit, quàm qui sit ex eodem municipio, aut ex agro eiusdem municipij *l.3.De tutor. & curat.dat.ab his.* At pater nullis territorij, aut potestatis finibus coercetur, quominùs vnum eundémque tutorem filio suo impuberi pro ipsius bonis vbicumque sitis darę possit, Cùm det ex legis potestate quæ in toto romani imperij orbe vna eadémque est, & parem vbique locorum autoritatem obtinet: Quin & ipsa testatoris voluntas legem facit vbique locorum qui sint sub ditione orbis romani. Id enim significat verbum *legaßit* in verbis illis legis 12.tab.*Paterfamilias vti super sua re legaßit ita ius esto d.l.verbis legis* 120.*De ver.signific.Legaßit*,inquam,id est *legem fecerit*,aut quod parum distat,legis modo disposuerit.Petenda igitur ratio est,ex pupillorũ vtilitate quę sola sentẽtiã hanc induxit,cùm fieri facilè posset,vt pater haberet cui Africanæ,vel Syriacæ rei tutelam consideret,cui tamen vniuersam tutelam mãdare noluisset,veritus fortasse,ne is tantum administrationis totius incommodum in tam remota dissitáque agens prouincia obire,vel noluisset,vel non potuisset.Prouidendum itaque fuit ne quod pupillorum fauore constitutum erat vt eorum & personæ & bonis omnibus tutorem dari oporteret, ne quid indefensum & destitutum relinqueretur,idipsum propter nimiam iuris subtilitatem in eorum perniciem conuerteretur, vt in simili specie tractat Iustinianus in *l.sancimus* 7.C.*ad SC.Trebell.*

l.per curatorem 90.§.1. De acquir. hered.
d.§.cùm tutor.
l.pupillo 27. D. de tutor. & curat. dat.
l.vnic.C.vbi pet.tutor. vel curat.
L.vlt.D.de iurisd.
L.cùm vnus 12.§.penult. D. de reb. autor.iudic. poß.
L.3.D de tutor. & cur. dat.
L. sancimus 7.C. ad SC. Trebell.

ILLATIO IV.

De non dando muto tutore nec surdo, nec cæco, nec furioso.

QVartò ex eodem Principio fit vt mutus tutor dari non possit, quoniam autoritatem pupillo præbere non potest, quæ scilicet apertis verbis

d.l.1.§.mutus D.hoc ti.

non obscuris, aut dubiis indiciis præbenda est *dicta lege 1.§.mutus De tutel.* vbi subiicitur de surdo quoque idem iuris esse, vt tutor dari non possit, quia non tantùm loqui, sed & audire tutor debet, vt autoritatem præstare possit. Quomodo enim consentiet si non audiet? Sed & pupilli vtilitas exigit plerumque vt tutorem ipsius nomine stipulari oporteat, qui autem, vel mutus, vel surdus est stipulari non potest, cùm surdus non possit audire interrogationem ad quam congruè respondere debeat, aut factam interrogationi suæ responsionem: mutus verò neque possit interrogare, neque interroganti respondere *l.1.§.penult.& vltim.De obligat. & action.* Sanè siquis minùs, id est si tardius audiat tutor esse potest *l.fin.D.de legit.tutor.& d.§.vltim.* Itaque non solùm legitimi tutores isti esse non possunt, sed quod magis est, neque dari à testatore *l.penult.§.1.eod.* adeò vt si quis ab initio datus vtiliter siue à testatore, siue à lege quòd tùm neque surdus, neque mutus esset, postea mutus vel surdus esse cœperit excusandus sit à munere suscepto *l. post susceptam 40.D.de excusat.tutor.* Quæcumque enim impediunt ne quis rebus suis propriis superesse commodè possit, multò magis facere debent ne quãdo cogatur incipere tutor esse, immò vt & à cœpta susceptáque tutela sit excusandus *l.& non tantùm 11.iunct.§.vlt l.praced.eod.titu.* At quoniam legitima tutela per legem non nisi proximo agnato, vel patrono, vel parenti defertur, nec quod quis surdus, vel mutus sit eo minùs agnatus proximus manet, vel pater, vel patronus, complura senatuscõsulta fieri necesse fuit, vt in locum muti & surdi tutoris alij tutores darentur *l.complura penult.D.de tutel.* iunct.*l.sæpe 13.D.de curat.furios.* Quamquam perinde necessaria fuit eorundem senatusconsultorum autoritas eo casu quo testamentarius aut datiuus tutor aliquis esset qui post munus susceptum surdus, vel mutus factus reperiretur, cùm semel suscepta tutela non nisi certis modis, inter quos iste non est, ipso iure finiatur, vt dicemus ad *tit.Quib.mod.tutel.finit.infr.* Quod autem de surdo & muto dicimus, idem de cæco & furioso dictum intelligi debet *d. l. post susceptam* iunct. *d.l.complura.* Nam nec hi rebus suis superesse commodè possunt, nec est contrarium quod cæcus iudicãdi officio fungi potest *l.cæcus 6.D.de iudic.* Vt enim quis bene iudicet cæcitate non impeditur quæ prodest potiùs ne iudex personarum gratia, vel munerum illecebris capiatur, is qui ad bene iudicandum nõ tam corporis quàm intellectus oculis indiget. Vnde & iustitiam ipsam cæcam pingimus qui iudices omnes cæcos facere nõ possumus. At negotiorũ administrandorum alia ratio est, in quibus diligenter & vtiliter tractandis quàm necessarius oculorum vsus sit, vident omnes nisi qui & ipsi cæci sunt. De furioso minùs dubitari potest, cùm & ipse indigeat curatore. Valetudinarij alia ratio est: Nihil enim prohibet quominùs tutor esse possit si fortè vel pater, vel magistratus eum dare velit. Sed tamen neque tutelam suscipere ab initio cogitur, neque prohibendus est quominùs susceptam deponat si tutor manere nolit *d.l.11.& 40.De excus.tutor.* idque propter ipsius etiam impuberis vtilitatem, cuius negotia fieri non potest vt bene gerantur ab eo qui propria curare per valetudinem suam impediatur.

l.1.§ pen.& vlt.de oblig. act.

l.fin. de legit.tutor.

l.pen §.1.eo.

l post susceptam 40.D de excus.tutor l.& non tantum 11. iunct §.vlt. l praced. eo.

l.complura pen.D. hoc tit.l.sæpe 13. D de curat. fur.

l.cæcus 6.D. de iudic.

d.l.11.& 40. de excus. tutor.

ILLA-

ILLATIO V.

De non cogendo pupillo vt sibi tutorem petat.

QVintò ex eodem Principio fit quod scribit Pomponius in *l.2.De tute.*nō esse exigendum à pupillo,vt sibi tutorem petat,aut vt ad tutorem suum proficiscatur : cùm detur tutor non tantùm ignoranti, sed etiam inuito *l.necnon 6.D.de tutor. & curator. dat.* Nempe quia tutela est vis in caput liberum, vt Principium nostrum, Vis autem tum maximè fit cùm quis inuitus, vel vt quid patiatur faciátve cogitur, vel è contrario ne quid faciat prohibetur *l.4.D. de stat. homin.* Et iuris regula est, quicquid inuito aliquo fieri potest, multò magis fieri posse illo ignorante *l. qui potest 26. De regul.iur.* In eóque differt tutor à curatore. Nec enim curator inuito adolescenti datur, sed tantùm petenti, nisi ad litem, aut nisi iis moribus sit minor, vt res suas prodigere sciat meliùs quàm administrare *§. item inuiti infr. De curat.* quoniam scilicet non quemadmodum tutela ita & cura vis est in caput liberum,nec personæ,sed tantùm bonis curator datur, vt iam sæpiùs diximus.

L. 2. D. de tutel.

L. necnon 6. D.de tutor. & curat. dat.

L.qui potest 26. de reg. iur.

§.item inuiti infr. De curat.

ILLATIO VI.

De pupillo qui furere cœperit,vel demens factus sit.

SExtò ex eodem Principio fit vt qui habent tutorem si furere cœperint in ea causa sint vt in tutela nihilominùs durent,quam sententiam Quinti Mucij fuisse & à Iuliano probari refert Vlp.in *l.3.in princ.De tutel.* addens eo iure nos vti, vt cesset cura si tutelæ ætas indigeat. Quare, inquit, siue tutores habent non rediguntur in curam per furorem,siue non habent,& furor eis accesserit,nihilominùs tutores accipere poterunt,quia lex duodecim tabularum qua parte furioso curatorem dedit eum qui tùm agnatus proximus reperiretur,sic accepta est à prudentibus,vt ad pupillos pupillásve nō pertineat. Nam cùm tutoris potestas in pupillū nō modò maior & plenior sit,sed etiam fauorabilior,quàm quæ est curatoris furiosi in furiosum,quisnā obsecro prętextus esse potest dādi pupillo curatoris tāquā furioso,qui tutorē vel habeat,vel habere possit? Aut quid indiget curatore is qui in tutore habeat,aut habere possit quasi patrē? Deniq; sicuti patria potestàs nullū tutori dādo locū relinquit ne imagine veritas ipsa adūbretur,vt loquitur Papinianus quāuis in alia specie in *l.filio 23.D.de libert.& post.* ita nec tutoris potestas admittere potest curatoris dādi vel necessitatem vllam,vel vtilitatem.Ergo in eo qui iam pubes sit quāuis vigintiquinque annis minor proponatur aliud dicendum est, vt si furere cœperit, cùm tutorem habere ampliùs non possit, curator ei necessariò dandus sit,& quidem non tanquam adolescenti & minori,sed tanquam furioso,ex lege 12.tab.quæ de furiosis omnibus generaliter locuta, licèt sic accepta sit ex prudentum interpretatione,vt ad impuberes non pertineat,non tamen perinde sic accipi etiam potuit, vt nec ad minores pertineret. Quamuis enim eadem puberis quæ impuberis ratio hactenus esse videatur, quòd quemadmodum impuberi tutor, ita & minori ad quintum & vicesimum vsque annum curator dari potest, duplex tamen illa differentia est, quod non sicut impuberi tutor, ita puberi curator inuito datur. Item quod non

L.3. in prin. D.hoc tit.

L.filio 23.de liber.& posthum.

Differentia inter impuberē & adolescentem, Tutorem & curatorem.

quemadmodum personæ tutor datur, ita & curator quem sæpius diximus bonis tantùm dari. At furiosi persona ipsa indiget curatore non minùs quàm bonorum ipsius administratio. Immò tantò magis quantò dignius est maiorem personæ quàm facultatum haberi rationem. Ob idque lex duodecim tabularum vt furioso bene prospiceret personam ipsius primùm, deinde etiam bona demonstrauit, verbis illis quæ suprà retulimus *in eo pecuniáque eius*. Itaque non possumus verè dicere bene prospectum iri furioso si eo prætextu quod minor est, curator ei detur tanquam adolescenti cùm sit etiam furiosus, Nec illa tantùm ratione quòd persona ipsa furiosi potissimùm indigeat curatore qui eum custodiendum & obseruandum curet ne quid ille, vel in se, vel in alios perniciosiùs moliatur *l. Diuus Marcus* 14. *D. de offic. præsid.* Sed illa etiam quod neque ad ipsam bonorum administrationem sufficere possit autoritas curatoris dati furioso tanquam minori, quia sicut furiosus à minore differt in eo quod furiosus nihil per se facere potest quippe qui & absentis & quiescentis & dormientis loco habeatur *l. 2. §. furiosus D. de iur. codicill. l. numquam* 31. *§. si seruus D. de vsucap.* minor autem etiam sine curatore suo rectè obligatur *l. puberes* 101. *De verb. obligat.* Ita curator furiosi in eo differt à curatore minoris quod per se facere omnia furiosi nomine potest *dicta lege* 5. *De regul. iur.* curator verò minoris nihil omnino sine minore, sed tantùm minori facienti autoritatem præstare. Hoc ipsum verò ideò, quia minor commodè facere omnia potest curatore autore, furiosus verò nihil prorsus *dicta lege* 5. id est ne illa quidem si qua sunt quæ curator ipse furiosi sine furioso expedire non potest, nimirum quæ factum & personam ipsius furiosi desiderant, cuiusmodi erat olim aditio hereditatis furioso delatæ, quam nec adire curator poterat nomine furiosi, nec furiosus cum autoritate curatoris antè Iustiniani constitutionem in *l. vltim. C. de curat. furios.* Apparet igitur multum referre an minori eidémque furioso curator detur tanquam minori an, verò tanquam furioso: sed & ipsius furiosi quàm maximè interesse, vt non quasi minor curatorem habeat, sed quasi furiosus. Et tamen apertissimè contrà scriptũ est in *d. l.* 3. *§.* 1. *De tute.* Si minor vigintiquinque annis furiosus sit, curatorẽ ei non vt furioso, sed vt adolescenti dandũ esse quasi ętatis sit impedimẽtum, Et generaliter ita definiẽdum esse, vt ei quem ætas tutelę, vel curæ subiicit necesse non sit, quasi dementi quæri curatorem. Plus dicit Vlpianus, Imperatorem Antoninum Augustum ita rescripsisse: cùm magis ætati, inquit, quàm dementiæ tantisper sit consulendum. Sed me illud magis mouet, quod hanc ipsam sententiam video inferri ab Vlpiano ex eo quod proximè dixerat ita esse acceptam legem duodecim tabularum cùm de curatore furiosis dando locuta est, vt ad pupillos, vel pupillas non pertineret. Sic enim subiungit Vlp. *Quia autem in pupillorum persona agnatos curatores non admittimus, idcirco putaui etsi minor &c.* Quænam verò, Deus bone! consecutio ista est, vt quia prudentum interpretatio pupillos excepit à generalitate verborum legis duodecim tabularum, quibus furiosi omnes comprehẽduntur, sint etiã excipiendi minores annis vigintiquinque? Nõ nego in plerisque eandẽ esse impuberũ & minorũ rationẽ, vt puta in causa petendæ propter ætatem restitutionis, & generaliter quoties inter minores, & impuberes diuersitatis ratio reddi nulla potest.

Tritum

l. Diuus Marcus 14. *D. de offic. præsid.*

L. 2 §. furiosus D. de iu. codic. l. nũquam 31. *§ si seruus D. de vsucap. l. puberes* 101. *de verb. oblig. l.* 5. *De reg. iur.*

L. vlt. C. de curat. furio.

d. l. 1. *§.* 1. *D. hoc tit.*

d. l. 3. *§. hoc tit.*

Tritum namque est & ita verum vt nihil in toto iure nostro verius, vbicũque eadem ratio est ibi & ius idem statuendum esse *vulg.l.illud 32.D.ad leg.Aquil. l.3.§.vnde etiã D.de iniust.rupt.* cùm ius semper ex ratione æstimetur. Sed cùm in proposito casu tanta sit inter pupillum & minorem differentia quantam ostendimus, itémque inter tutorem & minoris curatorem, multóque longiùs distet curator minoris à curatore furiosi, quàm curator furiosi tutore, plane nõ video quisnam huius consecutionis color probabilis adferri possit. Itaque cogor hîc dicere, quod soleo, quoties occurrit in prudentum libris aliquid quod non nisi imprudenter & stolidè dictum videri possit, non esse locum Iureconsulti, sed Triboniani, nisi cùm leuior & facilior error est, vt imperito cuilibet interpreti possit tribui perinde ac Triboniano, cuius sanè honori & nomini parcerem libentissimè, nisi viderem agi hac in re de ipsorum iuris autorum ne dicam ipsius etiam iurisprudentiæ dignitate vindicanda. Hic autem error talis, tantúsque est, vt alium interpretem quàm Tribonianum admittere nõ possit. Solet enim sibi placere in istis cõsecutionibus, quãtũlibet ineptis, in eámq; rẽ abuti si quando potest rescripto aliquo Imperatoris nunc huius nũc illius, ne in eo in quo ipse sub Iuriscõsulti nomine imperatorem agit, primus rationẽ iuris nimis audacter temerasse videri possit, vt hîc ab eo factum est illa adiectione *& ita imperator Antoninus Augustus rescripsit*, nullis tamen allatis rescripti verbis, quæ si extarent facile esset videre, quod alibi sæpe in similibus erroribus refellendis comprobatum à nobis est, ad speciem longè diuersam rescriptum Imperatoris pertinuisse, Ad illam verò fortasse (quidni enim diuinare liceat, cùm necesse est?) in qua agebatur de dando curatore minori qui non furiosus esset, sed demens, aut prodigus: quem nec malè possis dementem dicere, non magis modum, aut finem expensarum habeat, quàm si mente omnino careret *l.1. D.de curat.furios.* quamuis videam dementes passim eos dici, qui furiosis propiùs accedant quàm prodigis. Dementium autem in eo diuersa est à furiosis ratio, vt notissimum est, quod quamuis vtrisque curator detur, furioso tamen datur ex lege 12.tabul.& ipso iure, vt diximus, dementibus verò à prætore, vel à præside cùm lex duodecim tabularum nihil de iis cõstituisset, vt dicemus ad Princi. 3.*infr.* Itaque curator dementi datus nullam vim & potestatem habet in personam dementis, cùm solius legis sit eam potestatem dare in caput liberum ciuis romani, sicut & lex sola est, quæ & personarum & rerum omnium quæ in republica sunt, regina dici potest *l.1.D.de legib.* Sed habet eam potestatem in bona duntaxat dementis, vt quæ demens administrare per dementiam suam prohibetur, eorum habeat curator, per se tamen & sine demente, administrationem. Quod cùm ita sit fatendum est aliquatenus accedere curatorem hunc ad curatorem minoris sicut & ad curatorem furiosi, licèt dicatur dari exemplo eius qui furioso datur. Vterque enim tam qui minori quàm qui dementi datus est, bonorum duntaxat administrationem habet. Idémque & in prodigi curatore iuris est, vt scilicet bonorum administrationem duntaxat habeat, nisi quod eam habet non tantùm à prętore, sed & à lege post factã à prætore interdictionem, vt dicemus ad dict.Prin.3.ex *l.1. De curat.furios.* nec rursus prohibetur prodigus alienare dummodo alienet autore curatore, sine quo etiam acquirere sibi potest *l.is cui 6.D.de verb.obligat.* iunct.*l.Iulianus* 10. *de curat.furios.& l.si sciens* 26.D.*de contr.empt.* quorum neutrum tamen furioso licèt, vt diximus ex *d.l.5.De reg.iur.l.1.§.furiosum de oblig.& act.* Ac proinde

Tribonianismus in dict. l.3.§.1. D. hoc tit.

L.1.*D.de curat.furios.*

L.*is cui 6 de verb. oblig. l.Iulian*9 10. *de cur.fur.*

l. si sciens 16. D. de contr. empt. l. 1. §. furiosum de oblig. & action.

mirandum nō esset fuisse rescriptum ab Antonino minori eidémque, vel dementi, vel prodigo dandum esse curatorem tanquã minori potiùs quàm quasi dementi, vel prodigo, facta scilicet in benigniorem partem interpretatione, vt vitium illud dementiæ, aut prodigalitatis, vicium ætatis sit potiùs quàm animi & personæ. Nihil enim minoris interest an quasi minor, an quasi demens, aut prodigus accipiat curatorem, cùm vtroque casu perinde futura sit in tuto bonorum ipsius administratio, nec minùs persona ipsius, quæ scilicet ob solã prodigendi patrimonij volũtatatem in prodigo semper manentem periclitari numquam potest, nec per dementiam dummodo prodigalitatis, aut demẽtiæ facultas effectúsque impediatur. Quinimo longè honorificẽtius est minori eidémque prodigo, vel dementi, vt curatorem accipiat tanquam minor, quàm vt tanquam demens, vel prodigus, cùm sperari probabiliter possit, quomodo de ciuibus suis bene sperare legislator ciuilis semper solet quantum potest, fore vt ad saniores mores redeat minor, vbi ad legitimam peruenerit ætatem. At de furioso quamuis minore, nihil tale sperari potest, quia mentem abalienatam restitui difficilius est, quàm vt ex solius ætatis beneficio id sperandum videatur, Propter quod iam suprà diximus furiosi iudicium non suppleri autoritate & iudicio curatoris quomodo suppletur iudicium pupilli autoritate tutoris, quamuis curator furiosi nō minùs personæ quàm tutor detur. Nec quod admittimus pupillo eidémque furioso qui tutorem, vel habeat, vel habere possit curatorem dari non oportere, rationem illam habet quasi maior aliqua spes sit resipiscentiæ in pupillo quàm in pubere minore, sed quia & vtilius & honorificentius est huic impuberi tutorem dari tanquam pupillo, quàm curatorem tanquam furioso, etiamsi constaret numquam futurum vt resipisceret, ac furere desineret, cùm non minùs iuris & potestatis habeat tutor in personam pupilli, quàm curator in personam furiosi. Et sanè debuerat in præcedẽtibus scribere Vlp. legem 12. tab. cùm de furiosis locuta fuit, & de dando eis curatore, sic acceptam fuisse, vt ad minores annis vigintiquinque non pertineret, non autẽ ad pupillos pupillásque eam restrictionem coarctare si idem iuris in minoribus quod in pupillis esse putabat, vt curatorem accipere deberent tanquã minores non tanquã furiosi. Cur enim de pupillis loqui debuit, nisi ad excludendos eos qui sint supra ætatem pupillarem? Sed ista contra Tribonianum disputasse sufficiat, quæ nec contra Vlpianum disputare puderet si possem credere tam improbabile aliquid ab Vlpiano scriptum esse, maiorémque mihi rationem constare arbitrarer, quàm plerisque locis constiterit ipsi Vlp. aut etiam Paulo contra Papinianum disputanti.

ILLATIO VII.

De tutore non dando ei qui iam habet tutorem.

l. cùm iure 9. C. qui pet. tuto. l. si sororis 9. C. qui dar. tut. vel curat.

SEptimò ex eodem Principio fit vt tutorem iam habenti tutor alius dari nō possit *l. cùm iure 9. C. qui pet. tutor. l. si sororis 9. C. qui dar. tutor. vel curat.* Nã cùm tutor habeat in pupilli personam & caput eam vim & potestatem quę sit pars & portio quædam patriæ potestatis, vt diximus, Consequens est, vt non magis possit tutorem habenti alius tutor dari, quàm vni patri alius pater adiici, aut illud admitti, vt vna eadémque persona in duorum simul sit potestate. Nec est contrarium quod vni pupillo plures tutores dari possunt tam à patre quàm

quàm à magistratu *tot.tit.si ex plurib.tutor.vel curat* C.*tit. De diuid. tutel.* & *l.*1. & 2.*C.si tutor vel curat.non gesser.* quinimo dantur etiam à lege si forte plures eiusdémque gradus agnati reperiantur. Omnes etiam sunt tutores, sicut & ad omnes hereditas legitima pertineret, quamuis vtilitatis causa receptum sit, vt vni tantùm ex eis aliquando decernatur administratio si fortassis alij sint absentes, vel furiosi *l.5.§.in legitimis* iunct.*l.6.* & *l.si plures 9.D.de legit.tutor.* Nam respondeo hoc casu omnes tutores, quia simul & eodem tempore dati sunt, vnius tantùm iure censeri, sicut nec nisi vnum patrem repræsentant hánceque sententiam & rationem esse *l.simul 23. D.de tutor.* & *curat.dat.* Idem namque in hereditate contingeret quæ pluribus eiusdem gradus agnatis deferretur, vt quamuis ei qui iam heredem aliquem habet alius heres nouus accedere postea non possit, ne contra iuris regulam vni duo in solidum sint heredes *l.quod contra 141.§.1.De regul.iur.* non eo minùs tamẽ plures simul vnius & eiusdem defuncti heredes pro partibus esse possent, quandoquidem eo casu omnes simul sicuti ab vna eadémque hereditate heredes fierent, ita non nisi vnius heredis iure & loco censerentur. Atque ita esse, vt plures tutores simul dati, siue à patre, siue à iudice, siue à lege vnius tutoris loco habendi sint, ex eo intelligimus, quod ex administratione, vel negligentia vnius etiam cæteri tenentur ipso iure & conueniri possunt, nisi à patre ipso, vel præside diuisa sit administratio *l.2.C.de peric.tutor.l.2.C.de diuid.tutel.* quamuis habeant exceptionem ordinis ne ex persona eius qui gessit quandiu idoneus ille est, debeant condemnari *l.1.* & 2.*C.si tut.vel curat.non gesser.* Itémque exceptionem diuisionis, vt si omnes gesserint tutelam, & omnes soluendo sint, diuidatur actio & periculum tutelæ inter eos pro virilibus portionibus exemplo fideiussorum *l.1.§.nunc tractemus D.de tutel.* & *ration.distr.l.si plures 38.D.de admin.tutor.l.cùm interdictæ 6.C.arbitr.tutel.* Quam exceptionem diuisionis, & quasi substitutionis detrimenti, aut potiùs societatis periculi, vt loquitur Papin.in *d.l.si plures*, non tam ex mera iuris ratione quàm ex æquitate descendere, docet apertè idem Papinianus in *l.vlt.D.rem pupill.salu.for.* vbi ait, quod placuit tutores pro ea parte condemnari debere quam administrauerũt, nec aliter in solidum quàm si res à cæteris non seruetur, & idonei culpa detegatur, quod suspectum facere supersederit. Ex eo factum esse, quoniam æquitas arbitri atque officium viri boni videtur eã iuris formam desiderasse. Indéque nimirum infert, non quemadmodum in hoc discessum est à iure, ita & in eo discessum fuisse, aut discedi debuisse, vt si plures fideiussores ab vno tutore dati sint pupillo inter eos quoque diuidi actionem oporteat, quæ proculdubio inter alios fideiussores ab alio creditore vltro acceptos ex Diui Hadriani epistola diuideretur *l.inter eos 51. D.de fideiuss.* Pupillo enim agente, inquit Papin. qui non ipse contraxit, sed in tutorem incidit, & ignorat omnia, beneficium diuidendæ actionis haberet iniuriam si ex vna tutelæ causa plures ac variæ quæstiones apud diuersos iudices constituerẽtur. Vna enim tutela est, non tantùm cùm vnus tutor datus est, quẽ casum eo loco Papin. tractat, sed etiam cùm plures, eáque indiuidua quamuis administratio ipsa diuidi possit. Hoc enim est quod eleganter idem Papin. scribit in *l.inter tutores 36.De admin.tutor.* tutelæ diuisionem non iuris esse, sed iurisdictionis, nec nisi administrationi quæ ipsa quoque nõ iuris, sed facti est, modum facere, nec debere obstare volẽtibus experiri cum pupillo in eámque rem contra vnum ex tutoribus in solidum agere, aut aduersus vnum ex tutori-

Tit.si ex plurib.tutor & tit. De diui. tutel.

l.5.§.in legitimis iunct. l.6.& l.si plures 9. de legit.tutor.

l. simul.23. D. de tutor. & curat. dat.

L.2.C.de peric. tutor. l.2. C. de diuid.tutel.

l.1.& 2.C si tutor.vel curat.non gesser.

l.1.§. nunc tractemus D.de tutel. & rat. distr.

l.si plures 38. D de admi. tutor.l.cùm interdictæ 6. C.arbitr. tutel.

L.vlt. D.rẽ pup.salu.fo.

l. inter eos 51. D. de fideiuss.

L.inter tutores 36.D.de admin. tut.

bus agentem cõpensare,quod pupillus ipse debeat,licèt in eo loco qui ad alterius tutoris administrationem pertineat,cùm mero iure compensatio inducatur *l.4.D.de compensat.* Non nego tamen si plures vnius pupilli tutores essent,& à singulis,vt fit singuli dati fideiussores,futurum vt quamuis vna tãtùm esset tutela,habituri nihilominùs essent beneficiũ diuisionis,quod scilicet haberent inter se tutores ipsi ex quorum persona conuenirentur,Ob idque Papinianus in *d.l.vlt.*loquitur de pluribus fideiussoribus datis ab vno tantùm tutore,vt appareat non posse illos habere beneficium diuisionis ex persona illius pro quo conueniuntur (cum quo enim actionem diuideret is qui solus tutor datus esset?)neque ex persona sua cùm non acceperit eos pupillus, sed in ipsos perinde ac in tutorẽ inciderit,ignorans omnia,& prorsus nesciens quid suo nomine ageretur.Notandum etiam est quod Papin.beneficium diuisionis vocat in *d.l.vlt.*vt & alibi sæpe dicitur,Ita ostendens non tam ex ratione iuris quàm ex Principis indulgentia id proficisci. Cùm ergo verum sit tutelæ causam esse indiuiduam non minùs quàm patriam potestatem cuius veluti portio & substitutio quædam est,vt diximus,rectissimè constitutum est,vt tutorem habenti autor dari non possit:Præterquàm vno illo casu quo plures tutores ab initio dati sint,quorum aliquis postea,vel remotus sit tanquam suspectus , vel excusatus,vel defunctus,vel relegatus.Nam in huius locum alium non tam dari quàm substitui posse certum est *l.licèt 4.C.in quib.casib.tutor.habent.*propterèa quòd his omnibus casibus verum est penes alium tutorem qui neque suspectus,neque defunctus,neque relegatus,neque excusatus est,tutoriam potestatem quantumuis indiuiduam numquam in solidum resedisse , nec noui quicquam fit aut contra iuris regulas,cùm tutor alius adiicitur,ei qui nũquã solus fuit:Non magis quàm si vno tãtùm tutore dato qui postcà surdus, vel mutus, vel furiosus factus esset,aliusin locũ eius daretur *l cõplura 17.hoc tit.*Quãquam tentari etiam potest nec improbabiliter his omnibus casibus habenti iam tutorem pupillo non alium tutorem dandum esse , sed curatorem. Hanc enim sententiam patiuntur optimè verba illa legis *tamen certis ex causis alius idoneus substitui solet.*Aliud siquidem est alium substitui,aliud verò substitui aliũ tutorem.Nam & cùm curator substituitur in locum eius qui aliquando tutor fuit,alius quidem substituitur,At nõ alius tutor,sed curator.Idémque dici potest in specie *l.1.eod.tit.*Nam nec illa lex aperit an qui erant substituti in locum illius qui reipublicæ causa aberat dati essent tutores an curatores. Et in locũ etiam excusati tutoris non tutorem,sed curatorem dandum esse apertè scriptũ est in *l.2.eod.*Quod cùm ita sit,an non multò maior ratio est vt in locum illius qui reipublicæ causa abest curator detur nõ tutor?Qui enim excusatus est hoc ipso tutor esse desinit,at nõ qui reipub.causa abest *l.nec ille 16.cum praced.D. de tutor.& curat.dat.*vt ea ipsa lex probat cùm ait debere hunc compelli à prætore ad tutelæ administrationem.Immo si verum amamus,& subtiliter agere volumus, tùm etiam cùm tutorem habenti curator datur magis ille administrator rerũ quàm curator esse intelligendus est, vt Põponius scribit in *l. solet 13.hoc tit. De tutel.*quia nec fieri potest,vt curatorem verè ac propriè habeat is, qui cum bonis suis omnibus in alicuius tutoris sit potestate. Quemadmodũ tamen curator ille passim appellatur,ita tutorem aliquando dici non nego,illum etiam qui substitutus sit in locum tutoris absentis reipublicæ causa vt in *l.quæsitum 12.eod.*vbi Paulus scribit eos qui in loco absentis reipub. causa tutores

Beneficium diuisinis.

L. licè 4. C. in quib. casib.tuto.habent.

l. complura 18.D.hoc ti.

L.1.& 2.C. quib cau.tutor.habent.

l. nec ille 16. & praced. D. de tutor. & curat. dat.

l.solet 13.D. hoc tit.

l. quæsitum 12.eod.

res dati sunt, non reuerso illo, sed mortuo in eadem causa perseuerare vsque ad tempus pubertatis id est tutores manere: sed valde impropriè, cùm vt diximus qui prior datus fuerat non ob id desinat esse tutor quod absit causa reipublicæ: non magis quàm is de quo in *d.l.solet*, hoc est qui vel ætate vel aduersa valetudine impeditur ne res pupilli commodè administrare possit. Ideo autem fortasse tutorem dici placuit eum qui datus esset in locum tutoris absentis aut absfuturi reipublicæ causa, vt prior ille intelligeret alio tutore dato non magis mansurum se tutelæ periculo obnoxium, quàm si tutor esse desineret, atque ita iniunctum sibi pro republica munus tanto alacriùs obiret. Planè cùm tutor decessit vel in ciuitate esse, id est ciuis esse desiit, cùm reuera desierit esse tutor, dubitandum non est quin is qui in eius locum substituitur verè tutor sit *l. si quis sub condicione* 11. *§. vlt. D. de testam. tutel.* sicut è contrario verè curator ille est qui tutori adiungitur propter latè diffusum, id est diuersis locis constitutũ patrimonium, vel quòd solus administrationi non sufficiat vt in *l. propter* 3. *C. in quib. caus. tut. hab.* aut qui ob auctas pupilli facultates curator adiungi solet, de quo in *l. vlt. eod. tit.*

L. si quis sub condicione 11. §. vlt. D. de testam. tutel. l. 3. l. vlt. C. in quib. caus. tutor. hab.

ILLATIO VIII.

De curatore dando ei pupillo, qui cum tutore suo litigat.

OCtauò ex eodem Principio fit, vt si pupillus pupilláve cum iusto tutore, tutórve cum eorum aliquo litem agere vult, curator in eam rem petendus sit si alij tutores nulli sint qui aduersus contutorem præstare pupillo autoritatem possint siue agat pupillus siue conueniatur *l. 3. §. si pupillus* D. *hoc tit.* Nempe quia cùm tutor quatenus tutor est eadem ferè cum pupillo persona esse existimetur propter participationem illam quam diximus patriæ potestatis, non magis fieri potest, vt autoritatem pupillo præstet in rem suam siue pro pupillo siue contra pupillum præstanda sit quàm vt agat ipse contra seipsum. *l. 1. l. quod dicimus* 7. *& pass. D. de autor. tutor* & apud Iustinianum in *§. vlt. infr. eod. ill. tit.* iunct. *l. ne cum filiofamilias* 16. *D. de furt.* Ob eámque causam solebat olim tutor prætorius in hanc rem constitui vt refert Iustin. in *d. §. vlt.* vt solebat prætor in aliis plerisque autoritatem suam interponere. Sed melius visum est & à iuris ratione minus alienum, vt curator daretur, ne scilicet vis fieret ei iuris regulæ de qua proximè diximus, quæ non patitur tutorem habenti tutorem dari. Quamquam ad ius illud vetus fortasse respicientes quidam iuris loci promiscuè tutorem hunc & curatorem appellant, vt in *l. 3. & 4. & in ipso tit.* De *in lit. dand. tutor. vel curat. C.* Dixi suprà *si alij tutores nulli sint* quia pupillo habẽti alios tutores quorum autoritas aduersus contutorem sufficere possit, non nisi frustra de alio tutore vel curatore in hanc rem dando tractaretur *l. 1. eod. ill. tit. l. si plures* 24. *D. de testam. tutel. l. si tutor* 9. *§. & generaliter* D. *de tutel. & ration. distr.* vbi notandum est quod Vlpianus curatorem hunc qui in litem dandus est specialem vocat, vt intelligamus fieri non posse vt curatórem generalem habeat pupillus, qui tutorem iam habet in cuius ille ipse sit potestate. Talis námque curatoris dandi non alia ratio est, quàm necessitas, quod fieri nequeat vt qui tutor est, siue pro se, siue contra se autoritatem pupillo prestet. Generale autem est vt quæ contra iuris rationem ex necessitate admittuntur, eatenus tantùm admittenda sint, quatenus necessitatis ratio cogit. Specialem igi-

L. 3. § si pupillus D. hoc tit.

l. 1. l. quod dicimus 7. D. de aut. tutor. § vlt. infr. eod. ill. tit.

l. 3 & 4. C. de in lit. dand. tutor. vel curat. l. 1. eod. l. si plures 24. D. de testa. tutel. l. si tutor 9 §. & generaliter D. de tutel. & rat. dist.

tur non generalem curatorem illum esse oportet, quem non aliam ob causam pupillo dari necesse est quàm vt autoritatem ipsi præstet in eo negotio in quo autoritas tutoris dati sufficere non potest: quamuis nihil prohibeat in plures quoque lites curatorem hunc dari *l.4.in fin.D.hoc tit.*

L.4. in fin. D.hoc tit.

ILLATIO IX.

De curatore in litem dando præsente & præsenti.

NOnò ex eodem Principio fit vt hic in litem curator de quo proximè diximus, sicut non nisi præsens, & acceptans datur, ita nec nisi præsenti & postulanti detur. *d.l.3.§.si pupillus eod.* vbi ex hoc infert Vlpianus infanti dari non posse, quandoquidem is qui non loquitur postulare illum à prætore non potest. Itaque non sufficiet peti hunc curatorem ab aduersario, qui cum pupillo agere volet, nisi pupillus etiam petat cui eum dari oportet. Et ratio est, quia non sicut tutela ita & curatio vis est in caput liberum, Aequè autem vis esset si quemadmodum ignoranti & inuito tutor datur, ita & curator hic daretur, secundum ea quæ in huius Principij nostri explicatione diximus. Quid ergo si pupillus curatorem petere nolit, quo minùs cum eo agatur? Cogendus est à prætore vt petat *d.§.si pupillus in fin.* Sed quomodo? An fortè captis pignoribus, an pœnæ alicuius comminatione? Vt solebant olim Senatores cogi vt in Senatum venirent, teste Liuio, itémque heredes rogati de restituenda hereditate vt eam adirent. Nec enim ad factum præcisè vnquam cogi quisquam potest. *l.si quis ab alio 13.§.vlt.D.de re iudic.* Multò minùs credendum est cogi à prætore pupillum vt loquatur & hæc aut illa verba proferat, quæ idonea sint ad petendum curatorem, quod sanè citra vim & impressionem nimis euidentem & duram fieri non posset. Puto ego in pupillo cogendo qui petere sibi curatorē nolit, non alias prætoris partes esse debere, quàm vt ei etiam inuito tum demū det curatorem. Id enim esse videtur, quod significant verba illa *l.1.C.qui pet. tutor.vel curat. qui si in petendis his cessabit, potes tu competentem iudicem adire vt in dandis curatoribus officio suo fungatur.* In eóque fatendum est, aliam rationem esse huius curatoris, aliam cæterorum qui minoribus non in litem, sed vt habeant bonorum administrationē, dantur. Illos enim constat neque dari posse nisi petitos, neque peti per alium posse quàm per minorē ipsum, eiúsve procuratorem *l.2.§.pen.& vlt.cum l.seq.D.eod.tit.qui pet.tutor.vel curat.l.mutus 43. §.is qui curatorem D.de procurat.* Ergo si pupillus infans sit, quia neque petere curatorem potest, neque à prætore iuberi alitérve cogi vt petat, non dabitur ei curator, & necessariò expectandum erit tempus quo sit ille infantiam egressus. Solet tamen hodie hoc quoque casu dari curator infanti tanquam absenti & ignoranti, Eo colore quod inuito ipsi posset dari si pro inuito haberi posset ille, qui nec consentire potest nec dissentire. Regula enim iuris est, quodcumque inuito te fieri potest, multò magis fieri posse te ignorante *l.qui potest 126.de regul.iur.* Et verò sicut iniquum est eum qui cum pupillo non contraxerit sed cū patre pupilli, expectare pupilli pubertatem *l.3.D.quib.ex caus.in poss.eat.* ita & eum qui nihil cum infante gesserit, cogi expectare vt infantiæ annos ille excesserit, Soláque causa excipitur de statu puilli quam in tempus pubertatis differri oporteat ex edicto Carboniano. Atqui fieri nequit vt cum infante agatur si non sit qui infantem tueatur, cùm seipsum tueri multominùs possit quā alius pupil-

L.1.§.si pupillus eod.

Cur non detur inuito curator, quo modo tutor datur.

L.1.C.qui pet.tutor.

L.2.§.pen. & vlt.cum l.seq.D.eo. l.mutus 43. §.is qui curatorem D. de procur.

L.qui potest 126. de reg. iur.

l.3.D.quib. ex caus. in poss.eat.

Infanti quo modo curator in litem detur.

pupillus quilibet infantiam iam egressus: nec iuris autoritas & sollennitas patitur, vt in iudicio stare possit is qui non intelligat quid loquatur, multominùs qui loqui adhuc non possit. Ex hac igitur causa etiam infanti non minùs quàm alij pupillo cuilibet quāuis ignoranti curatorem dari debere fatendum est, Cū hac tantùm differentia quod alij pupillo qui à prætore iuberi possit vt sibi curatorem in litem petat numquam datur curator ignoranti, hoc est priusquàm sibi petere iussus sit à prætore, sed datur inuito si iussus ille nolit parêre: quo casu vitiatur regula *d.l.qui potest*, vt ciuiliùs agatur cum pupillo, ipsiúsque consensu expediri res videatur, siue nolit iussum prætoris expectare, siue iubenti prætori obtemperare sit paratus. At in infante qui neque consentire potest, neque inuitus fieri, quandiu infans est, frustra aut consensus ipsius, aut prætoris coactio expectaretur. Alterutrum igitur euenire necesse est vt vel expectanda sit sequens ætas pupilli qui hodie infans est, vel ignoranti infanti curator dandus qui eius nomine excipiat actionem. Prius iniquum est vt diximus, Posterius ergo admittendum est, vt & sollennitati iuris & indemnitati vtriusque prospiciatur, quomodo loquitur *l.vlt.C. de in lit.dand. tutor. vel curat.* Non enim satisfieret sollennitati iuris si infans nullo accepto in litem curatore conueniri posset. Non etiam indemnitati vtriusque, si is qui cum infante experiri vellet, ob id solùm quòd infans curatorem nec haberet nec habere posset, persecutionem suam in longius tempus differre cogeretur. Illud verò quis potiùs mirari possit, Cur non tantùm in pupillo sed etiam in adolescente id est pubere minore annis vigintiquinque idem constitutum sit, vt is quoque inuitus curatorem accipere debeat in litem secundum iuris formam vt scriptum est in *d.l.1.C.qui pet.tutor.vel curat.* Siquidem constat minorem & iudicio & consilio eo pollere, vt si res suas administrare per se possit, nec inuitus cogatur accipere curatorem pro earum administratione. Et tamen inuitus quoque curatorem cogitur accipere in litem vt Iustin. omnium apertissimè scribit in *§. item inuiti infr. De curator.* Sed dicendum est ita constitutum fuisse duplici ratione, Et propter autoritatem iudiciorum, & propter minorum vtilitatem. Non dico propter iudiciorum necessitatem, nulla enim necessitas hîc subest quomodo subesset in pupillo qui in hoc vtiq; differret à minore *d.l.vlt.* in illis verbis *vbi tutor exigitur C.de in lit.dand.tutor.* sed propter autoritatem iudiciorum ad quam sanè pertinet adeóque per consequentias ad publicam vtilitatem, vt firma sint omnia, quæ in iure iudicióve fiūt, nec facilè subuerti queant, sanè quantum id prouideri potest *l.3.D.de offic.prætor.l.seruus 65. §. cùm prætor D.ad SC.Trebell.* At certum est multò faciliùs læsum iri minorem, aut pupillum si per alium non defendatur quàm si defendatur, ob ídque faciliùs impetraturum restitutionem per quam iudicatum rescindatur. Publicè igitur vtile fuit ita ius constitui vt non minùs nulla esset sententia, quæ contra minores indefensos lata esset quàm quæ contra pupillum indefensum *l. acta 45. §.vltim.l. contra 54.D.de re iudic.* Nec quod minor etiam curatorem habens potest in integrum restitui contra rem iudicatam *l. penult. & tot.tit. C.si aduers. rem iudic.* ad rem facit. Difficilius enim est vt locum habeat ea restitutio cùm minor habuit curatorem per quem bene defensus fuit, Et è contrario longè commodius ei est ita ius esse vt iudicium sine curatore in eum reddi non possit, quàm vt postquàm fuerit condemnatus in integrū restitui possit, quia semper melius est intacta ipsius iura seruari, quā post vulneratā causā remediū quæri *l.2.& vlt.*

L.vlt.C. de in lit dand. tutor.

d.l.1. C.qui pet.tutor.

§. item inuiti infr.de curator.

d.l.vlt.C. de in lit. dand.tutor.

L. acta 45. §.vlt.l.contra 54.D.de re iudic.

l.pen.& vl. C.si aduers. rem indic.

l. 2. & vlt. C. in quib. caus.rest. in integr. non est nec.

C.in quib.cauſ.in integ.reſtit.neceſſ.non eſt. Et hæc ſecunda ratio eſt propter quã diximus ita conſtitutum vt minor curatorem non habens in litem, nec legitimam in iudicio ſtandi perſonam habere exiſtimetur *l.2.& vlt.C.qui legi perſon.ſtand.in indic.hab.vel non.* ſcilicet ob ipſius minoris vtilitatem vt non lædatur potiùs quàm vt læſus reſtituatur.

L.2.& vlt. C.qui legit. perſo.ſtand. in indic.

ILLATIO X.

De curatore in litem ſimpliciter dato.

DEcimò ex eodem Principio fit, vt ſi pupillus petat talem curatorem in litem nec addat in quam rem, id eſt in quam litem, in omnes res, id eſt lites & controuerſias datus videatur curator qui datus ſimpliciter erit *d.l.3 §.vlt. De tutel.* Nempe quia cùm non detur curator hic, niſi ex neceſſitate, eadem verò neceſſitas ſubſit quod ad omnes lites mouendas inter pupillum & tutorem, quia ex iis nulla eſt, in qua tutor pupillo autoritatem præſtare in rem ſuam poſſit, nihil cauſæ eſt cur non ad omnes lites videri debeat datus, qui ſimpliciter datus fuit. Multò magis ſi indiſtinctè curator in litem datus ſit in totam litem datus videbitur, quod eò ſpectat vt ſi familiæ erciſcundæ, aut communi diuidundo, aut finium regundorum actio eſſet cum tutore & indiſtinctè datus eſſet, non ſolùm eo nomine curator eſſet quod ageret pupillus pupillâve, ſed inuicem quoque quod cum his ageretur, vt Paulus explicat in *l.* 4. *De tutel.* Sunt enim tria iſta iudicia duplicia *l.in tribus* 13. D. *de iudic.* vnde & communia appellantur in *l.ſi idem* 11. *§.vlt.D.de iuriſd.* & mixta in *l.actionis* 37. *§.mixtæ De oblig.& act.* quòd in iis vterque litigatorum & actor ſit & reus *l. iudicium* 10. *D.fin.regund.l.inter* 44. *§.qui familia D.famil.erciſc.*

L.3 §.vlt. D.hoc tit.

L.4.eod. Iudicia duplicia, quæ & communia, & mixta, Cur ſic dicta.

ILLATIO XI.

De pluribus curatoribus ad litem in vnius locum dandis, & contrà.

VNdecimò ex eodem Principio ſit vt poſſint vel plures huiuſmodi curatores in litem peti in locum plurium vel plures in plurium vel vnus vnius loco, vel in vnam litem vel in plures *d. l.* 4. *§.1. hoc tit.* quia cùm iſti curatores nullam vim & poteſtatem habeant in caput pupilli, ſed in eam tantùm litem, in quam dantur, non poteſt hoc caſu idem euenire quod in tutoribus vt qui prior datus fuit impediat ne alius dari poſſit. Nam & de curatoribus omnibus generaliter ſcriptum eſt, Curatorem habenti quominùs alius curator detur regulam iuris non eſſe impedimento *l.ventri* 20. *§.1.De tutor.& curat.dat.* Eadem prorſus ratione quòd curator numquam perſonæ detur, ſed bonis tantùm excepto eo qui furioſo datur, vt ſuprà diximus. Planè cùm quis ſemel petitus, & datus eſt, quandiu manet alius in eandem litem curator dari petíve non poteſt vt ſubiicitur ex Pomponio in *l.cùm ſemel* 5. *eod.tit.* quia id curatoris dati exiſtimationem ſuggillaret, quod ne fiat intereſt non tantùm ipſius curatoris ſed etiam pupillorum & minorum vt faciliùs tales curatores inuenire poſſint, vt non valde diſſimiliter ratiocinatur Vlp.in *l.aut prætor* 7. *aliàs l.etſi ſine §.quæſitum D de minor.* In eóque melior condicio eſt huius in litem curatoris quàm cæterorum curatorum quibus diximus curatorem adiungi poſſe *d.l.*20. *§.1. de tutor.& curat.dat.* Non enim poteſt honeſta eſſe cauſa curatoris adiiciendi ei qui

d.l.4.§.1.D. hoc tit. l. cũ ſemel 5. l.3. §.pen.eod.

L.ventri 20.§.1 De tutor. & curat.dat.l.8. §. dari eod.

qui in litem vnam plures'ue datus fuerat. Quod in aliis curatoribus ideò diuersum est, quia fit plerumque vt ex emergentibus negotiis appareat toti administrationi sufficere non posse illum qui antea solus sufficere credebatur. Quã ob causam nec in tutoribus aliud est quibus sanè vrgente eadem necessitatis ratione æquè subueniendum est *l.vlt.C.in quib.casib.tut.hab.* At si quis in vnam litẽ curator petitus sit, nihil vetat quominùs idem non solùm in aliam litem, sed etiam contra alium tutorem curator dari possit vt ex diuersis causis vnus plurium curatorum locum obtineat. Quod multò magis contra eundem tutorem accidet si in diuersas lites diuersis tẽporibus idem curator petatur. Tot enim videntur curationes esse quot sunt lites cum in vnam tantùm litem primùm datus esset *d.l.cùm semel §.1.* Illud dubitationem non habet quod scriptũ est in *d.l.3.§.pen.hoc tit.* quolibet loco & tẽpore curatorẽ hunc ad lites dari posse. Nã si in aliјs tam tutoribus quàm curatoribus quorũ isti totius patrimonij, illi etiã personæ administrationem habent idem ius obseruatur vt quolibet loco & tẽpore dari possint, id est etiam de plano & omni die quamuis feriato *l.nec mandante 8.§.dari D.de tutor.& curat.dat.* ita nimirum exigente vtilitate pupillorum minorúmque omnium, & publica *l.2.D de fer.* quantò magis idem obtinebit in curatore ad litem dato qui multò minorem habet potestatẽ ac proinde cuius datio longè minorem exigit sollennitatem?

L.vlt.C. in quib. casib. tut.habent.

ILLATIO XII.

De tutore dando impuberibus mutis & surdis.

DVodecimò ex eodem Principio fit vt muto itémque mutæ & surdo impuberibus non minùs quàm aliis eius ætatis pupillis tutor dari possit. *l. muto 6.in prin.& §.surdo. D.hoc tit. De tutel.* Quidni námq; perinde dari possit his personis atque furioso & furiosæ datur *l.nec mandante 8.§.vlt.D.de tutor.& curat.dat.* An non enim sunt hi omnes liberi sicut & cæteri? An non æquè indigent alterius auxilio, qui eos tueatur? Immo tãto magis, quantò pluribus impedimentis tenentur ne sibi ipsis consulere possint. Quærit tamẽ subinde Vlp. an personis istis hoc est muto & surdo præstare autoritatem tutor possit. Quę quæstio diuersa est ab illa an possit ijs dari tutor, quamuis si de curatore ageretur nihil interesset quærere an possit curator alicui dari, an autoritatem ei præstarę. Curatoris enim officium totum in eo consistit vt minori autoritatẽ præstet, non etiam vt quicquam solus ipse faciat nomine minoris, nisi quod in iudicio & solus agere & conueniri ac condemnari perinde potest ac tutor quilibet nomine pupilli *l.vlt.C.si aduers.rem ind.* At tutor non in id tantùm datur vt autoritatem pupillo præstet, sed in id potissimũ vt faciat ipse omnia nomine pupilli nisi si qua sint quæ personale ipsius pupilli factũ requirant, vt suprà docuimus. Autoritatem præstare tum demum dicitur, cùm pupillus ipse negotium gerit, sed tutore autore: quomodo certũ est in multis non posse autoritatẽ præstari muto & surdo, in iis scilicet quæ ipsi facere non possunt, cuiusmodi est stipulari, & alia similia quæ sine sermone vel auditu nequeunt expediri *l. 1.D.de verb.obligat.l.pupillus 9.D.de acq.her.* In aliis verò quæ personale pupilli factum tale requirunt, aut saltem pupilli facto tali contenta sunt, quod neq; auditum neque sermonem omnimodo exigat, nihil sanè prohibet quominus autoritatem ei tutor præstet, quoniam vt bene Vlp. ratiocinatur etiam tacenti pupillo præstare posset. Cur enim hac parte alia ratio constituatur surdi & muti, alia tacentis? Impuberes verò tutore autore obligari posse etiamsi taceãt nõ

L.muto 6.in princ.D.hoc tit.

l. nec mandante 8.§. vlt.D.de tutor.& curat dat.

d.l.muto.

d.l.vlt.C.si aduers.rem indic.

l.1.de verb. oblig. l. pupillus 9. D. de acquir. hered.

ambigitur, puta si mutuam pecuniam acceperint. Quamuis enim nihil dicant, tamen autoritate tutoris interposita tenentur *l. impuberes 13. D. de autor. tut.* vbi addit Iulianus, etsi non debita pecunia his personis soluta fuerit, quãuis tacuerint, interpositam tamen tutoris autoritatem sufficere vt condictione teneantur: qui tamen non condictione sed vindicatione teneretur, si tutoris autoritas non interuenisset, tacentibus ipsis. Voluntatis enim declaratione aliqua, & tractatu opus est vt dominium quod tuum fuit, in me accipientem transferatur.

L. impuberes 13. D. de autor. tut.

ILLATIO XIII.

De tutore non dando à magistratu sub condicione vt nec datur à lege.

Decimotertiò ex eodem Principio fit vt non possit sub condicione dari tutor à præsidibus prouinciarũ, sicut nec à lege datur, & consequenter vt si quis ita datus sit nullius momẽti sit datio *d. l. muto 6. §. 1. D. hoc tit.* Nam cùm tutela nihil aliud sit quàm vis & potestas in caput liberum tanquam sequela quædam, & participatio patriæ potestatis, patria autem potestas non possit acquiri sub aliqua condicione (siquidem acquiritur ex actu naturali, id est ex procreatione liberorum iustis nuptiis susceptorũ, natura autem nihil facit sub condicione vt nec fictitiè, sed omnia sicuti verè ita purè) consequens est, vt tutorẽ sub cõdicione dare neque lex possit, neque magistratus qui nihil aliud est quã viua vox legis. Ideò autem Vlpianus loquitur de tutore dato à præsidibus, quẽ vulgò datiuum vocant, non vt excludat tutores legitimos in quibus idem certè iuris est vt modò diximus, sed vt excludat testamentarios, quia certum est à patre tutorem filio sub condicione dari posse *l. tutor 8. §. 1. & 2. D. de testam. tutel.* vbi, quod magis est idem Vlp. scribit posse patrem dare tutorem filio & ex certo tempore & vsque ad certum tempus & sub condicione & vsque ad condicionem, ob idque si sub condicione tutor quis datus fuerit, & ea defecerit tutorẽ eũ non fore. Cui simile est quod idẽ Vlp. tractat in *l. tutor 3. §. idem erit quærendum D. de susp. tutor. & curat.* posse fieri vt quis desinat esse tutor, & rursus incipiat, Scilicet si vsque ad certum tempus vel vsque ad condicionem tutor datus fuerit in testamento, deinde iterum vel superueniente condicione testamẽtaria vel etiam à prætore postea sit datus, & hoc casu duas esse tutelas, Aliter atque si tutor quis ita datus sit *quoad in Italia erit tutor esto*, vel *quoad trans mare non erit.* Vna enim tutela illa est habens interualla *d. l. 3. §. quod si quis. l. Titius 45. D. de excus. tutor.* vbi ex hoc infert Tryphoninus etiamsi tutor hic medio tẽpore liberos susceperit aut aliã excusationẽ parauerit, nec excusationẽ ei cõpetere nec ob prioris tẽporis administrationẽ tutelæ agi ante pubertatẽ posse. Huius verò inter testamẽtarios, & datiuos legitimósve tutores differẽtiæ ratio illa est, quòd cũ tutela non aliã ob causam cõparata sit, quã vt aliquis sit qui ad pupillum tuendum patris vicem sustineat, absurdum vtique fuerit eum quẽ pater ipse tutorem elegerit siue ex tempore, siue ad tempus, siue sub condicione, siue vsque ad condicionem fieri tutorem purè, & aliter, quàm pater ipse voluerit, idémq; testator cuius non solùm tanquam patris sed etiam tanquam alterius testatoris cuiuslibet voluntatẽ in cæteris omnibus subsequi & lex & magistratus solet dum ne per eam aliqua legibus vis fiat. Sed voluntate patris cessante multò absurdius esset ex tẽpore & ad tempus sub condicione aut ad condicionem constitui quem à lege aut à magistratu vice patris qui vtique à natura nisi purè esse nemo potest. At hic illa incurrit dubitatio, quòd non magis videretur debere in patris esse potestate vt tutorem filio ad tempus aut sub condi-

d. l. muto 6. §. 1. D. hoc tit.

L. tutor 8. §. 1. & 2. D. de testa. tutel.

l. tutor 3. §. idẽ erit quærendum D. de suspect. tutor. & curat.

§. quòd si quis d. l. 3. l. Titius 45. de exc. tut.

Ratio differentiæ inter tutores testamentarios, & datiuos, legitimósve

condicione daret, quàm vt adoptet filium ad tempus, vel sub condicione, quod tamen certum est fieri non posse, non alia ratione quàm hac ipsa, quòd ars iuris quæ facit adoptionem, imitetur naturam *l. quæsitum* 34. *D. de adopt. l. actus legitimi* 77. *De regul. iur.* Natura verò nō magis liberos quàm patrem faciat sub condicione vel ad tempus. Verùm dissimilitudinis ratio in eo est, quod in patris potestate nō est quandiu viuit an aut quomodo pater sit, liberósve habeat. Vbi verò moritur, & ita per ipsam rerū naturā pater esse desinit, sicuti nō fuerit alienū à natura liberos ipsius manere in perpetuū sine patre, ita nec illud vt ex eo demū tēpore incipiat aliquē habere vice patris, aut ad illud vsque tēpus ex quo aut ad quod vsque pater ipse voluerit. Sequitur apud Vlp. in *d. l. 6. §. 1. De tutel.* Et quod diximus tutorē sub cōdicione dari non posse, contrariū non esse, quod præsides prouinciarū cùm tutorē aliquē dant adiicere passim solent condicionē illam *si satisdederit.* Hæc enim verba non tam condicionē, inquit, continent, quàm admonitionē, vt datus tutor intelligat non aliter sibi tutelam cōmissam quàm si satisdederit, id est non aliter sibi gerere permissum quàm si cauerit rē saluam fore. Nec ad rē pertinet quod condicio exprimatur per dictionē *si l. qui promisit* 48. *de cond. ind.* Non enim ad inducendam condicionē sufficit adpositam eam dictionē, si quod exprimitur tale sit quod alioqui etiā tacitè inesset *l. 3. de legat. 1. l. aliquando* 107. *De cond. & dem.* [illegible] ratione iuris, quisquis tutor est siue datiuus siue legitimus tenetur satisdare rē pupilli saluam fore, vt dicemus ad *tit. De satisdat. tutor. vel curat.* Et hæc ad Vlpianū annotasse sufficeret, nisi liberet etiam addere, nobis non probari rationē illam quam Bartolus tradidit eius differētiæ quæ est inter testamētarios tutores & legitimos, aut datiuos. Ait enim factū testatoris in eo quod deficit suppleri posse per iudicē, factum verò iudicis neque suppleri, neq; expleri posse nisi per eundē iudicem, ob idque iniungi ei vt perfectè det tutorē. Quæ ratio non nisi ad datiuos tutores pertinet, ad legitimos verò, quorū eadem hac parte quæ datiuorum ratio est, nullomodo, quandoquidē certū est si quid legi desit, non minùs id per iudicē suppleri posse ac solere, quàm factum testatoris. Nec tamen legē magis quàm testatorē posse tutorē dare ad tēpus aut sub condicione, Adeò vt si pater sub condicione vel ex die tutorem dederit, medio tempore alius tutor dandus sit à magistratu, quàmuis pupillus legitimum tutorem habeat, nō solùm quòd legitima tutela cesset quandiu speratur testamentaria *l. si quis sub condicione* 11. *D. de test. tutel.* sed etiam quia si tutori legitimo interim locus fieret, non posset desinere ille tutor esse quandocumque existente postea condicione, aut eueniente die in quam pater tutorem dedisset. Nam nec alia ratio est propter quam placeat legitimæ tutelæ locum non esse, quandiu testamentaria speratur, Nisi quia posito aliter iure eueniret vt vel tutor legitimus ad tempus datus reperiretur si condicio quandoque existeret, vel tutelæ legitimæ testamentaria etiam cuius condicio extitisset cedere cogeretur, quorum vtrumque absurdum esset, & à iuris ratione alienum. Sed neque verùm est permittendum testatori vt pro arbitrio faciat quid imperfectè eo prætextu quòd factum ipsius imperfectum suppleri & perfici à magistratu possit. Alioqui etiam adoptio ex tempore vel ad tempus facta, per magistratum supplenda esset, tanquàm perpetua, quam tamen pater non nisi temporariam esse voluisset, quod vtique falsum est. Constat enim talem adoptionem nullius omnino esse momenti *dict. l. quæsitum* 34. *De adopt.* Ergo si quæratur, Cur patri tutorem filio ex tempore, aut ad tempus, & sub condicione aut ad condicio

L. quæsitum 34. D. de adopt. l. actus legitimi 77. de reg. iur.

d. l. muto 6. §. 1. D. hoc tit.

Condicio exprimitur per si.

L. 3. de leg. 1. l. aliquando 107. de condic. & dem.

L. si quis sub condicione 11. D. de testam. tutel.

d. l quæsitū 34 D. de adopt.

nem dare possit, non illa ratio bona videri potest, quòd factum patris suppleri per iudicem possit. De hoc ipso enim quærimus, cur possit suppleri, ac non potiùs inutilis omnino sit voluntas patris, vt eueniret si sub condicione, vel ad tempus filium adoptaret. Illa igitur dissimilitudinis ratio adferenda est quam nos attulimus, quòd ex ipsius patris voluntate pendêre debeat, non solùm quem suæ potestatis vicarium post mortem suam habere velit, sed etiam quomodo, & an purè an sub condicione aut ex tempore aut ad tempus, Quamuis non ideò pupillus interim carere debeat tutore non magis quàm post tempus, ad quod vsque pater dederit tutorem. Nam & simile est quod procuratorem constituere in diem & ad diem, & sub condicione quilibet potest *l.3.D.de pro curat.* quoniam qui procuratorem constituit, alium vice sua in ea re substituit, quod pro arbitrio suo eum facere, nec aliunde legem eum accipere æquum est. Itaque non est quod hac parte differentiam aliquam esse dicamus inter tutorem & procuratorem, nisi fortè de tutore legitimo aut datiuo intelligamus, quod inconcinnum esset, quia procuratori, quem priuatus dat, opponendus est tutor testamentarius, non legitimus aut datiuus, cùm legitimus vel datiuus procurator nullus sit.

L.3.D.de procurat.

ILLATIO XIV.

DEcimoquartò ex eodẽ Principio nostro sic vt diximus intelligendo, proficiscitu[illegible]t Vlp. in *d.l. muto 6.§. tutoris datio De tutel.* tutoris datio nẽ neq; imperij esse neque iurisdictionis, sed ei soli cõpetere cui hoc nominatim dederit vel lex, vel Senatuscõsultũ, vel Princeps. Sensus enim est prætorem aut aliũ quẽlibet magistratũ qui tutoris dandi ius habeat, cùm dat tutorẽ, neq; propter vim sui imperij id facere, quomodo faciũt alia pleraque iis more tãtũ concessa, cuiusmodi est datio iudicis *l. cũ prætor 12.§.1.D.de iud.* neque proprio iure suæ iurisdictionis, id est quã quisque habeat iure sui magistratus, & hoc ipso quod talis magistratus est, sed tanquã patrẽ aut saltẽ tanquã gerẽtẽ vices patris ad cuius prouidentiã vel illud maximè pertinebat vt iure patriæ potestatis tutelã liberorũ suorũ alicui mandaret *l. impuberi 40. in fin. D. de adm. tut.* id est aliquẽ eligeret qui vice sua patriæ potestatis per mortẽ amittẽdæ reliquias in liberos superstites quandiu pupilli essent exerceret. Ideóq; necesse fuit ius illud tutoris dandi nũc his nunc illis magistratibus nominatim dari, hoc est speciali aliqua lege vel Senatusconsulto vel Principis cõstitutione. De quo dicemus latiùs ad *tit. De Attil. tut.* Datũ verò fuit primũ maioribus magistratibus, quòd ij omniũ maximè digni viderẽtur, qui in pupillorũ patres eligerẽtur, vt tãto meliùs pupillis miseris cautũ esset. Indéq; est quod nec mandante præside vel prætore alius tutorẽ dare potest siue specialiter mandatũ id sit, siue iurisdictio ipsa tota generaliter mãdata proponatur *l. nec mãdante 8. D. de tut. & curat. dat.* Generale siquidẽ & perpetuũ est, vt quæcumq; specialiter lege vel Senatusconsulto vel constitutionibus Principũ tribuuntur, ea nec mandari nominatim possint, nec mandata generaliter iurisdictione transferantur, sed ea tantũ mandari queant, quæ cõpetunt iure magistratus *l.1.D. de offic. eius cui mandat. est iurisd.* iũct. *l.2.§.1. eo. tit.* Alia ratio est cognitionis de suspectis tutoribus. Illa enim nõ solùm mãdari specialiter potest, sed etiã mandata generaliter iurisdictione trãsit *l.1.§. an autem D. de suspect. tutor.* vbi Vlp. refert ita primũ fuisse rescriptum à Seuero in persona legati Proconsulis, At nõ aliqua ratione singulari quomodo alia pleraq; singularia in legatis proconsulum recepta sunt, sed ratione illa generali quòd mandata iurisdictione officium iuris dicundi totum ad eum trã-

d.l. muto 6. §. tutoris datio D. hoc ti.

L. cùm prætor 12. §.1. D. de iudic.

L. impuberi 40. in fin. D. de adm. tut.

Tit. De Attil. tutor.

l. nec mandante 8. D. de tutor. & curat. dat.

L.1. de offic. eius cui mãdat. est iurisd. l.2.§.1. eod.

L.1.§. an autem D. de suspect. tut.

seat

ſeat, vt intelligamus cognitionem ſuſpecti tutoris eſſe omnino iuriſdictionis. Vnde & ibidē infert Vlp. ſi prætor mandet iuriſdictionem ſimili modo dicendū poſſe ſuſpectū apud eū poſtulari, cui mandata eſt: ne minorē poteſtatē is habeat, cui prętor in vrbe, quàm cui præſes in prouincia iuriſdictionē ſuā mādauerit. Idē etiam apparet ex reſcripti verbis, quę refert Macer in *l. cognitio 4. De offic. eius cui mandat. eſt iuriſd.* Cùm propriam iuriſdictionē, inquit, reſcriptum legatis tuis dederis. Conſequens eſt, vt etiam de ſuſpectis tutoribus poſſint cognoſcere. Nimirū ex ratione illa iuris quæ facit, vt mandata iuriſdictione tranſeant omnia quę ſunt iuriſdictionis. Quāquā in eadem lege videtur Macer hoc ius nō tam ad rationem iuris referre, quàm ad pupillorū vtilitatē. Sed cùm ad eā pupillorū vtilitatē reſpexiſſe dicat Imperatorem quādo ita reſcripſit, verba autē reſcripti quę proximè retulimus non aliā rationem pręſeferant quàm conſequentiā quandā mandatę iuriſdictionis, intelligimus eā adiectionem *propter vtilitatem pupillorum* nō ita accipiendam eſſe quaſi vtilitas pupillorum contra iuris rationē hanc ſententiā extorſerit, ſed ita potiùs, vt nō quēadmodū pupillorū intereſt dari iis tutorē à prętore, vel à pręſide aliiſque maioribus magiſtratibus potius quā ab eo qui nō niſi mandatā habeat iuriſdictionem (propterea quòd ſiue populus per legē, ſiue Senatus per ſenatuſconſultū, ſiue Princeps per cōſtitutionē eam tutoris dandi poteſtatē fecerit alicui magiſtratui, credidit nō aliter eū pupillo cōſulturū eſſe quàm ipſe eſſet conſulturus ſi tutorē daret *arg. l. vnic. §. 1. D. de offic. præf. prat. d. l. 1. in prin. De offic. eius cui mandat. eſt iuriſ.*) ita nec alius de ſuſpecto tutore poſſit cognoſcere quā qui tutorē ipſe dare poſſet. E cōtrario nāq; pupillorū intereſt, vt de ſuſpecto cognoſcere plures poſſint, ne diutius tutor perfid⁹ qui ſuſpectus dicitur, in pupilli ſui patrimonio graſſetur. Neque verò quēadmodū dicimus tutoris dationē, neque imperij eſſe, neq; iuriſdictionis, ſed magis patriæ poteſtatis, ita poſſit quis dicere cognitionē ſuſpecti habere quid cōmune cū iure poteſtatis patrię, ſed pēdet omnino illa ex iuriſdictione illius qui de ſuſpecto cognoſcere poteſt, aut qui habet mandatā ab eo iuridiſctionē. Sanè ſuſpecti tutoris accuſatio quoniā criminis querelā adnexā habet, & onerat tutoris exiſtimationē maioris hac in re momēti eſſe creditur quàm datio tutoris: Ideóq; quāuis tutor dari etiā de plano poſſit & quolibet die quāuis feriato, vt ſuprà diximus, ſuſpecti tamē tutoris accuſatio nō niſi pro tribunali examinari poteſt *l. 1. §. ſuſpecti D. ad SC. Turpil.* vbi addit Marcianus nullū aliū quàm pręſidē de huiuſmodi quęſtione ſuſpecti tutoris poſſe cognoſcere. Quod pugnare videtur cū eo quod diximus cognitionē hāc mandata iuriſdictione tranſire. Sed nō pugnat, quoniā eo cui pręſes iuriſdictionē ſuam mandauit, cognoſcēte, pręſes ipſe cognoſcere intelligitur, cùm nihil proprium habeat is qui mādatā iuriſdictionē exercet, neq; pro ſuo imperio quicquā agat, ſed eius qui mādauit vice & partibus fungatur *d. l. 1. §. qui mandatā l. 3.* D. *de offi. eius cui mandat. eſt iuriſd. l. ſolet prætor* 16. *D. de iuriſd.* Ita ergo ſcripſit Marcian. ad excludēdos duntaxat magiſtratus municipales, & alios huiuſmodi ſi qui ſunt in prouinciis qui habeāt ius dandi tutoris, quod magiſtratibus municipalibus omnibus datū fuiſſe refert Vlp. in *l. ius dandi 3. D. de tut. & cur. dat.* Non. n. conſequens fuit, vt iidē de ſuſpecto tutore cognoſcere deberēt, cùm eſſet ea cognitio maioris momēti vt diximus. Notatu tamē dignū eſt, quod in *d. §. ſuſpecti*, ait Marcianus in Turpillianū ſenatuſconſultum nō incidere eū, qui deſiſtit à ſuſpecti accuſatione, nēpe quia ſuſpecti accuſatio verè, ac propriè publica non eſt,

L. cognitio 4. D de offic. eius cui mandat. eſt iuriſd.

Differentia quæ eſt inter tutoris dationem, & remotionem.

Suſpecti tutoris accuſatio magni momēti eſt.

l. 1 §. ſuſpecti D. ad SC. Turpill.

l. 1. §. qui mādatā l. 3. D. de offic. eius cui mand. l. ſolet prætor 16. D de iuriſdict.

L. ius dandi 3. D. de tut. d. §. ſuſpecti.

cũ in ea nõ de iure publico,sed de priuata pupilli vtilitate tractetur,descẽdátq; nõ ex lege aliqua publicorũ iudiciorũ descendat,sed ex lege 12.tab. *l. 1. §. sciẽdũ D. de suspect. tut.* quãuis dicatur esse publica actio,ob hoc solùm quòd omnibus pateat,ita nimirũ exigẽte pupillorũ vtilitate *d. l. 1. §. cõsequens est eod.* Atqui constat accusatorẽ qui ab accusatione ex iis tantùm causis in Turpillianũ incidere quę publici criminis & iudicij causam habeãt,nõ quę priuati,aut extraordinarij *l. 3. l. si quis 7. §. 1. D. ad SC. Turpil.* Suaues verò sunt interpretes nostri qui tutoris dationẽ quã Vl. ait neq; imperij esse,neque iurisdictionis,volunt esse imperij mixti,quasi vtriusq; esse dixerit Vlp. hoc ipso quod dixit esse neutrius: Et rursum,quasi mixtũ imperiũ dicatur quod cõstatũ sit ex imperio & iurisdictione simul,quale proculdubio nullũ est,ac nõ potiùs quod totũ in imperio cõsistit,sed tamẽ cohęrente iurisdictioni,vt eius tuẽdę gratia exerceatur, cùm sine modica coercitione iurisdictio nulla esse possit *l. vl. §. 1. iũct. §. vlt. l. 1. D. de offi. eius.* Ad differentiã scilicet imperij meri quod nõ propter iurisdictionẽ aliquã sed propter se & nõ nisi vindictę publicę gratia exercetur: vnde & merũ appellatur *l. 3. D. de iuris.* De qua etiã scripsimus,quomodo nimirũ & interpretãda & emẽdãda sit *li. 4. Cõiect. ca. 4.* Fefellit interpretes quod viderũt scriptũ à Iustiniano in *§. sed hoc iure D. de Atil. tut.* Romę tutores dari à pręfecto vrbi,& à pretore secundũ suã iurisdictionẽ. Sed ita accipiendũ illud est,nõ vt vel hic,vel ille proprio iure suæ iurisdictionis tutorẽ dare possit,sed vt cùm tã huic quàm illi ius dandi tutoris specialiter datũ sit,nõ tamen promiscuè tutorẽ in vrbe dare possint,sed pro cuiusq; iurisdictionũ distinctione: alia enim fuit iurisdictio præfecti vrbi,alia pretoris,& quidẽ ea videtur distinctio fuisse iurisdictionũ; vt præfectus vrbi de criminibus omnibus solus cognosceret post epistolã Diui Seueri ad Fabium Chilonẽ *l. 1. De offic. præf. vrb.* de ciuilibus verò ex appellatione si quãdo victus quis apud pretorẽ aliúmve magistratũ cuius prima notio fuisset ab eo prouocare vellet,vt coniicere licet ex *l. Æmilius 38. D. de minor.* Eodémque sensu accipiendũ est,quod scriptũ legimus in *l. 1. D. de iurisd.* ad ius dicentis officiũ pertinere,vt pupillis nõ habentibus tutores cõstituat, Nimirũ vt nõ iure propriæ iurisdictionis id fiat,sed ex præsuppositione cõcessionis alicuius, quæ huic,vel illi ius dicenti hoc est iurisdictionẽ habenti, tale ius dãdi tutoris indulserit. Itẽ quia dato iã tutore multa in consequentiã dationis fieri necesse est quę sine iurisdictione expediri nõ possunt,puta vt si tutelam suscipere nolint cogãtur captis pignoribus aliisve remediis à iurisdictione petẽdis,vt bene tractat Cuiac. *lib. 7. Obser. ca. 17.* vbi & hinc petit rationẽ illius differentiæ quod collega collegam tutorem dare potest *l. vbi absunt 19. §. 1. de tutor. & curat. dat.* at apud collegam manumittere non potest *l. apud eum 14. in prin. D. de manu. l. apud filiumfamilias 18. §. 1. D. de manum. vindict.* licèt manumissionis causa probanda sit apud collegam *l. vnic. §. vlt. D. de offic. consul.* Nempe quia vt ille ait manumittere iurisdictionis est, quam porrò nullam habet collega in collegam. At tutoris datio iurisdictionis nullomodo est, nec verendum est ne iurisdictione aliqua opus sit ad cogendum collegam, vt tutelam suscipiat,cùm si eam suscipere nolit, optimam & paratã habeat ex suo magistratu excusationem. Illud verò longè minùs probabile fuerit, si quis tentare velit dationem tutoris esse imperij ob id solùm, quòd tutorem dare possit præfectus vrbi qui imperium habet. Non enim ob id dat tutorem quod imperium habeat, non magis quàm ob id quod habeat etiam iurisdictionem,

l. 1. §. sciendũ D. de suspect. tutor. d. l. 1. §. consequens est.

l. 3. l. si quis 7. §. 1. D. ad SC Turpill. d. l. muto 6. §. tutoris datio D. hoc ti.

L. vl. §. 1. & l. 1. §. vlt. D de offic. eius cuimandat. est iurisd.

l. 3 D. de iurisdict.

§. sed hoc iure infr. de Atil. tutor.

l. de offic. præf. vrb.

l. Æmilius 38. D. de minor.

L. 1. D. de iurisd. l. vbi absunt 19. §. 1. de tuto. & curat. dat.

nem,sed quia tutoris dandi ius ei concessum est à Principe qui vtique ius habuit concedendi.

ILLATIO XV.

De tutore non dando ei cuius pater in hostium potestate est.

DEcimoquintò ex eodem Principio fit, vt ei cuius pater in hostium potestate est tutor dari non possit,*d.l.muto 6.§.vlt.De tutel.* Nam cùm tutor nihil aliud sit,quàm fictitius quidam pater, in quo extinctæ patrię potestatis vestigia quędam supersint, apparet quandiu non solùm pater viuit,sed etiam patria potestas omnino extincta non est,neq; de tutore, neque de tutela tractari posse: ne imagine veritas adumbretur, vt eleganter loquitur Papinianus in *l.filio 23.De liber.& posthum.* Atqui cùm impuberis pater ab hostibus captus est,licèt per captiuitatem pater fiat reuera seruus hostium, atque ita desinendo ciuis esse desinat etiã habere patriam potestatem,quę propria est ciuium romanorum,quia tamen ab hostibus reuerti potest,eóque casu futurum est, vt per fictionem postliminij semper in ciuitate fuisse intelligatur, fatendum est captiuitate patris liberos quos in potestate habebat non esse à patria illa potestate in plenum liberatos,sed propter suspensi iuris constitutionem, quæ facit, vt omnia captiui iura interim suspendantur non abrumpantur,statum quoque liberorum, an scilicet filiifamilias sint an serui manere in suspenso, vt suprà scripsimus ad *titu. præced.Princip.7.ex l.penult. D.de suis & legit. l.illa institutio 32.§.1.D. de hered.instit.* Itaque cùm filius eius qui apud hostes est, quamuis impubes non possit videri pupillus (siquidem pupillus ille est, qui & impubes est & desiit omnino esse in patris potestate aut morte aut emancipatione *l.pupillus 239. De verb. signific.*) consequens est, vt nec tutorem habere possit, qui scilicet nõn nisi pupillo datur.Quid ergo si huic impuberi cuius statum propter captiuitatem patris in suspenso esse diximus, tutor fuerit datus? An ipsa etiam datio erit in pendenti? Minimè, sed ab initio non valebit,quia tutoris datio quæ fit à magistratu cùm sit actus legitimus in suspenso esse non potest, ob idque nec diem recipit,nec condicionem *l.actus legitimi 77.De regul.iur.* In proposito autem casu tantò minùs quòd patre ab hostibus quandocumque reuerso filius qui medio tempore tutorem habuisset,retrofingeretur habuisse eodem tempore & tutorem, & patrem in cuius fuisset potestate, quod esset absurdum, & ne id eueniret necesse esset si tutoris datio valeret, impediri postliminij potestatem, quia fictio nihil vnquam inducere debet nisi quod per rerum naturam verum esse possit, quamuis verum non sit. Idque est quod ait Vlpianus *sic enim post patris regressum recidit in potestatem acsi numquam pater ab hostibus captus fuisset.* An igitur & impubes hic & patris captiui bona defensorem nullum habebunt qui ea tueatur? Immo curator bonis dari debet ne interim & medio illo tempore pereant,vt sequitur apud Vlpianum, Nec solùm si creditores patris id postulent, qui in eorum bonorum possessionem interim mitti velint, *l.in possessionẽ 6.§ vlt.D.quib.ex caus.in poss.eat.* sed etsi creditores nulli sint, petente scilicet,vt plerumque fit eo qui captiuo succedere quandoque possit & cuius siue ex hac,siue ex alia probabili causa intersit bona conseruari *l.ab hostibus 15. D.quib.ex caus.maior.*

d.l.muto 6. §.vlt. D. de tutel.

l.pen. D.de suis & legit. l.illa institutio 32.§.1.D. de hered.instit. l.pupillus 239. de verb. signific.

l.in possessionem 6.§.vl. D.quib. ex caus. in poss. eat. l.ab hostibus 15.D. quib. ex caus.maior.

ILLATIO XVI.

De filiofamilias quoque tutore dando, siue à magistratu, siue à testatore.

l. si filiusfami lias 7. D. hoc tit. l. tutore 37. § inde descendit quæstio D. de admin. tutor. l. si filiusfamilias 11. de tutel. & rat. distr. l. ita autẽ 5. §. Iulianus alias l. quidã decedens De admin. tutor. l. 3. D. qui test. fac. poss. l. nam quod 14. D. ad SC. Trebell. l. 1. D. de legit. tutor. l. testamento 17. D. de testam. tutel.

DEcimosextò ex eodem Principio fit, vt filiusfamilias quoque non minùs quàm paterfamilias tutor dari à magistratu possit, & à testatore *l. si filiusfamilias 7. hoc tit. De tutel. l. tutorem 37. §. inde descendit quæstio D. de administr. tutor. l. si filiusfamilias* 11. D. *de tutel. & ration. distr.* Nam cùm tutela sit vis & potestas in capite libero iure ciuili data & permissa, non potest dubitari quin sit iuris publici, cuius esse dicuntur cætera quoque omnia quæ sunt iuris ciuilis *l. ita autem 5. §. Iulianus aliàs l. quidam decedens De admin. & peric. tutor. l. 3. D. qui testam. facer. poss.* Certum autem est in his quæ ad ius publicum spectat filiũ non sequi ius patriæ potestatis *l. nam quod* 14. D. *ad SC. Trebell.* id est non nocere filio quòd sit in patris sui potestate quominùs ea omnia quæ iuris publici sunt exequi possit acsi patrem nõ haberet. Disponit enim ius publicum pro arbitrio de patria potestate, quoniam & ipsa quoque ex iure publico est. Neq; tamen inde possis inferre filiumfamilias legitimum quoque tutorem esse posse. Nã cùm legitima tutela illa sit quæ ex lege duodecim tabularũ agnato proximo defertur *l. 1.* D. *de legit. tutor.* apparet fieri numquam posse, vt filiusfamilias sit proximus agnatus, cùm semper anteuertatur à patre, per quẽ agnatis suis cõiungitur *l. 4. §. cognationis l. iurisconsultus 10. §. cognati De gradib. & adfin.* Cùm verò filiusfamilias tutor datus est, si à testatore, parum curandum est quod bona nulla habeat, cùm testator ipsius fidem elegerit, quæ non ex facultatibus, sed ex moribus potissimum spectãda est *l. suspectum 8. D. de suspect. tutor. l. si creditores 31. §. 1.* D. *de reb. autor. iudic. possid.* vnde est quod nec satisdare tenetur *l. testamento. 17. D. de test. tutel.* Sin à magistratu, ad ipsius curam pertinet, vt nõ aliter filiofamilias det tutelã, quàm si pupillo idoneè caueatur, ne alioqui teneatur ipse in subsidiũ ex *tit. De magistr. conuen.* Nec enim pater filiifamilias ob tutelam malè à filio administratam conueniri potest, nisi vt à cæteris filij creditoribus omnibus, de peculio & de in rem verso, hac quidem in perpetuum, illa verò intra annum ex eo tamen duntaxat die computandum, quo finita sit tutela *d. §. inde descendit, & d. l. si filiusfamil. 11. in fin. De tutel. & rat. distr.* iunct. *l. Lucius 21. D. de administr. & peric. tutor.* Subiicienda tamen exceptio est, Nisi pater tutelam filio suo delatam agnouerit. Tunc enim non de peculio duntaxat, aut de in rẽ verso, sed in solidũ teneri debet *d. l. 7.* D. *de tutel.* Sed quãdo tutelã agnouisse pater dicendus sit, difficilius est. Vlpianus nãque in *d. l. 7.* scribit videri patrẽ agnouisse, siue gesserit ipse, siue gerẽti filio cõsenserit, siue deniq; omnino attigerit tutelã. Vnde, inquit, cùm quidã filio scripsisset, vt tutelã diligẽter gereret addita hac ratione *cũ scias periculũ ad nos pertinere*, nõ dubitatur quin his verbis tutelã agnouisse videatur. At Marcellus in *d. l. Lucius*, apertè scribit si filiusfamilias sciẽte, & cõsentiẽte patre tutelã administrauerit nõ multũ videri facere patris scientiã & cõsensum ad eũ in solidũ obligandũ: Nisi fortè, inquit, cõtutore, vel alio volẽte illũ facere suspectũ ipse intercesserit, & quasi periculũ in se receperit. Puto Marcellũ de nudo cõsẽsu patris intelligẽdũ esse, qui vel ex sciẽtia & patiẽtia tãtùm inducatur, vel ex tali etiã facto quod nullũ se obligandi animum præseferat. Vlpianũ verò de consensu qui non sit nudus, sed qui

d. §. inde descendit d. l. si filiusfamilias in fi. De tut. & rat. distr. l. Lucius 21. D. de admin. & peric. tutor.

d. l. 7. D. hoc tit.

Conciliatio Marcelli cũ Vlpiano.

qui patris,vel subscriptione,vel qua alia non minùs aperta voluntatis significatione declaratus propo natur,vt in *l.sicut* 8.§.*non videtur D. quid. mod. pign. vel hypoth.soluit.l.fideiussor.*26.§.1.*D.de pignor.* Idque apparet non obscure ex illo exemplo quod Vlpianus ponit de patre qui ad filiũ scripserat in hæc verba. *cùm scias periculum ad nos pertinere.* An non enim multò magis tutelam agnouisse videri debet is,qui etiam tutelæ periculum agnouit? Item ex eo quod subiicit Vlpianus patrem si scriptis ad filium literis eum duntaxat monuisset, vt tutelam gereret diligenter,non idcirco tutelam agnouisse videri,cùm tamẽ negari non possit,quin hic quoque filio tutelam gerenti consenserit, qui eum monuerit non vt deliberaret priùs an sibi expediret suscipere tutelam,quomodo rescribere patres solent ad filios heredes institutos,vt videant lucrosáne an damnosa sit hereditas,vt in *l.eum qui* 51.§. D.*de acq.hered.* sed vt tutelam gereret diligenter,non adiecta illa clausula De participando inter se & filiũ periculo tutelæ. De hac enim non de illa admonitione loqui Vlpianum,minimè puto dubitandum. Potest etiã ratio alia reddi cur filiusfamilias tutor esse possit,quia quamuis sit ille in patris sui potestate, dicíque soleat eum qui in aliena potestate est alium in sua habere non posse *l.sic eueniet* 21. *D.ad leg. Iul de adult.* quomodo tutor pupillum habet,vt diximus,(quæ dubitandi ratio est ad hanc illationem) alium tamen quàm suum patrem repræsentat scilicèt patrem pupilli quem patrem non habebat pater tutoris in potestate. Ita ius patriæ potestatis non impedit quin tutela filiofamilias deferri possit. Et quod dicimus non posse fieri vt in sua potestate quem habeat is qui sit in aliena, ad eum casum pertinet,quo sit idem genus potestatis,puta patriæ aut dominicæ: quod hìc non euenit, cùm ei qui in patris potestate est tutoriam duntaxat in pupillum potestatem accommodamus.

l.sicut 8. §. *non videtur D.quib.mo. pign.vel hypoth. soluit. l. fideiussor* 26.§.1.*D.de pignor.*

L.sic eueniet 21.*D.ad leg. Iul. de adult.*

ILLATIO XVII.

De patrono tutore liberti sui.

Decimoseptimò ex eodem Principio fit,quod sequitur apud Vlp. in *l. patronus* 8.*De tutel.* patronum quoque tutorem liberti sui fidem exhibere debere. Nam cùm tutelis omnibus commune id sit,vt non aliã ob causam cõparatæ sint,quàm ad tuendum eum qui propter ætatem seipsum spõte nequit defendere, Non debet libertus qui in patroni sui tutela est deterioris condicionis esse,quàm cæteri pupilli,vt eo minorem fidem patronus ei debeat exhibere quòd nõ solùm tutor sit,sed etiã patronus. Quãquã in patrono illa dubitãdi ratio occurrebat,quòd videretur ille dignior cui permitteretur in liberti patrimonio pro arbitrio versari,nõ solùm quòd legitima patronorum tutela inducta sit ex interpretatione adhibita ad legẽ 12.tab.ex ea parte qua libertorum hereditates patronis defert (eadem enim ratio in cæteris quoque tutelis quæ agnationis iure propter successionis spem deferuntur,locum haberet) sed etiam ob id potissimùm quòd per patronum ipsum factum sit,vt libertus patrimonium habere possit,& fidem exigere à patrono, cùm si patronus libertatem ei non dedisset,neque patrimonium habiturus nunc esset, neque tutorem,neque patronum,sed dominum habentem in eum vitæ & necis potestatẽ, nec consequenter posset conqueri de non exhibita sibi per patronum fide *arg. l.*4.*C.de obseq.patron. præst.* in illis verbis *ei qui te beneficio suo ex seruitute libe-*

L. patronus 8.*D. hoc tit.*

L. 4. *C.de obseq. patr. præst.*

rando, vt aduersarium te haberet, fecit. Sed cùm quisquis libertus est idem & liber sit, nemo non videt interesse reipublicæ, vt pupilli liberti & personam & bona tueatur patronus perinde ac alius quilibet tutor cuiuslibet alterius pupilli. Etsi qua posset culpa eius esse qui libertatem seruo præsertim impuberi dedisset, imputare sibi patronus deberet cur impuberem hũc manumittẽdo hoc ipso dedisset ei facultatem exigendi ab eo aliquando bonam fidem in rerum pupillarium administratione, vt non valde dissimiliter ratiocinatur Paulus in *l. filio 7. D. vt legat. seu fideic. nomin. caueat.* Ex hoc verò infert Vlp. in *d. l. patronus*, Si qua in fraudem creditorum suorum patronus gesserit inter quos fuerit etiam pupillus ipse libertus, reuocari ea iure publico & communi debere, id est per actionem Paulianam, de qua in *tit. quæ in fraud. cred.* perinde acsi in alterius cuiuslibet creditoris fraudem gesta essent. Dixi *creditorum*, quoniam ita legendum est non vt vulgò *debitorum.* Nec enim fraudantur vnquam debitores, sed tantùm creditores. Potest etiam Vlpianus ita intelligi, vt patronus liberti sui impuberis tutor non tantùm ipsi liberto fidem exhibere debeat, sed etiam liberti creditoribus ne quid in eorum fraudem gerere possit, quod non statim per Paulianam reuocandum sit, perinde acsi pupillus ipse suos illos creditores fraudasset, aut etiam tutor proprios, vt inferamus tantò magis igitur, tutorem eundémque patronum fidem exhibere pupillo debere quamuis liberto.

l. filio 7. vt legat. seu fideic. nom. caueat.

d. l. patronus emendata.

ILLATIO XVIII.

De puniendis extra ordinem iis qui tutelam malo more occupasse probantur.

DEcimooctauò ex eodem Principio fit vt extra ordinem in eos animaduerti soleat qui probentur nummis datis tutelã occupasse, aut precio accepto dedisse operam, vt non idoneus tutor daretur, vel consulto in edendo, id est demonstrando pupilli patrimonio quantitatem minuisse, vel euidenti fraude bona pupillorum alienasse *l. in eos 9. D. hoc tit.* De *tutel.* Nam hi omnes perfidè in tutela versati sunt quam è contrario non nisi tuendi pupilli gratia debuerãt exercere. Et quia propter tam insignem perfidiam grauiore animaduersione isti indigent quàm vt possit sufficere suspectorum infamia, placuit ex hac causa remittendis eos ad præfectum vrbi, vt grauiùs castigentur *l. 1. §. solẽt* D. *de offic. præf. vrb.* Quod & aliàs fieri solet, vt à prætore debeat remitti ad præfectum is, qui atrociorem pœnam meretur, quoniam prætor sicut imperium merum non habebat, ita neque corporalem pœnam poterat infligere, quę tamen omnino infligenda est iis qui propter infamiam, vel egestatem suam elusuri sint prętoris iurisdictionem quæ nullam aliam quàm pecuniariam, vel infamiæ pœnam irrogare potest *l. si quis iniuriam* 35. D. *de iniur.* vbi ob hanc causam pro *prætor* legendum esse *præfectus* docuimus *lib. 4. Coniect. cap. 8. ex l. 1. §. vlt.* D. *de pœn.* Sed etsi non tutor ipse, sed alius quilibet puta is qui tutorem dedit, aut eius scriba tale quid fecerit, fortassis veram substantiæ pupillaris taxationem occultari dolo malo passus sit, idem dicendũ erit, vt eo nomine contra ipsum legibus agendum sit, vt pro admissi grauitate puniatur *l. vlt. C. de magist. conuen.* Numquam enim permittendum est, vt ex alterius, siue tutor ille sit, siue alius, aut gratia, aut sordibus damnum sentiat pupillus *l. aut prætor 7. § quasuum*

l. in eos 9. D. hoc tit.

l. 1. §. solent de offic. præf. vrb.

l. si quis iniuriam 35. D. de iniur. l. 1. §. vlt. D. de pœn.

L. vlt. C. de magistr. conuen.

situm in fin.l.pen.D.de minor. sed quantum fieri potest curandum est, vt cautũ sit pupillo aduersus insidias tutorum, & quorumlibet aliorum *l.vlt.C.si aduers. vendit.* Iunge quæ dicemus ad Princip.4.illat.17.

L. vlt. C.si aduers. vendit.

ILLATIO XIX.

De dando municipi tutore etiam non municipe à magistratu municipali.

DEcimononò ex eodem Principio fit vt etiam non municeps tutor dari possit à magistratu municipali dummodò municipi detur *l.etiam* 10.*eod. tit.D.de tutel.l.quaro* 32 *in princip.*D.*de testam.tutel.* Sufficit enim magistratui cõpetere iurisdictionẽ in caput illud liberũ in quod tribuit vim & potestatẽ tutori, licèt tutor ex alia sit iurisdictione: Cùm tutela constituatur pro pupillo nõ pro tutore. In quo alia filiifamilias ratio est, alia pupilli, alia patris, alia tutoris. Pater nãque & filius sic vna eadémq; persona esse censentur vt filius patris originẽ & in dubio domicilium quoque sequatur non pater filij *l.adsumptio*6. *§.filius l.libertus* 17.*§.patris* D.*ad municip.* At è contrario pupillus & tutor sic vna persona fiunt, vt pupilli domicilium & originem tutor sequi debeat quod ad causam iurisdictionis attinet, non pupillus originem & domicilium tutoris *l.vnic.vbi petant.tutor.vel cura.*

l. etiam 10. *D.hoc tit. l. quaro* 32. *in princ. D. de testam.tute.*

l.adsumptio 6.*§.si ius l.libertus* 17. *§. patris D.ad municip.*

L. vnic. C. vbi petant. tutor.vel curat.

ILLAT. XX.

De furioso tutore dato.

VIcesimò ex eodem Principio fit, vt si furiosus tutor datus fuerit, non nisi sub tacita illa condicione datus intelligatur, *cùm suæ mentis esse cœperit. l.furiosus* 11.*eod.tit.*De *tutel.* Quomodo enim iudicio & consilio suo tueri pupillum posset is qui non tantùm iudicio, sed etiam consensu carere ipse intelligeretur *l.si tibi* 8.*§.pen.*De *option.legat.* quiq; curatore ipse indigeret. Alioqui dicendum esset curatore quoque indigere magistratum si non tanquam furiosum saltem tanquam dementem, qui furiosum pupillo tutorem purè dedisset. Nec aliud erit si testamento furiosus tutor datus sit à patre. Nam & tunc datus intelligetur, cùm mentis compos erit, quemadmodum & si minor annis vigintiquinque datus esset, nõ priùs tutor esse inciperet quàm vicesimumquintum annum impleuisset, cùm ante id tempus suæ quidem mentis sit, at non suæ ætatis ob idque & indigeat ipse curatore cuius consilio & prudentia regatur *§. furiosus infr.qui testam.tut.dar.poss.* iunct.*l.*1.*& tot.tit.*D.*de minor.* Suæ autem ætatis esse debet qui alij tutor non nisi propter ætatem datur. Iunge quæ infrà dicemus illat.40.ex *l.si hereditas* 10.*§.si furiosus de test.tut.*

l.furiosus 11. *D.hoc tit.*

l. si tibi 8.*§. pen.De opt. legat.*

§. furiosus infr. qui testam tutor. dar.poss.

l. si hereditas 10 *§ si furiosus De testa. tutel.*

ILLATIO XXI.

De tutela finienda per impuberis adrogationem aut deportationem.

VIcesimoprimò ex eodem Principio fit vt si adrogati sint adhuc impuberes, vel deportati sint pupilli, desinant habere tutores *l.si adrogati* 14. *eod. tit.*De *tutel.l.vlt.in fin.C.de autor.præst.* Sed tamen diuersa ratione. Adrogato

L.si adrogati 14.*hoc tit. l.vlt. in fin.* C.*de autor, præst.*

namque impubere ideo tutor esse desinit, quia adrogatus incipit in patris sui adrogatoris esse potestate *l.1.2.& pass.*D.*de adopt.*fieri autẽ nequit, vt qui patrem habet in cuius potestate est tutorem etiam habeat,ne alioqui eodem tẽpore in duorum potestate sit.Cùm verò pupillus deportatus est, hoc ipso desinit esse ciuis,& consequenter fit incapax eorum omnium quæ sunt iuris ciuilis *l.sunt quidam* 17.§.1.*D.de pœn.*Ergo & tutelæ cùm sit illa iure ciuili data & permissa quãquã accipi hoc debet cũ eo temperamento,quod postea adferemus.Multò igitur magis finietur tutela si in seruitutẽ pupillus redigatur, cùm fieri nequeat,vt amissa libertate ciuitas retineatur *l.penul.*D.*de extraord.cognit.* Ergo si pupillus ab hostibus captus sit,quia verè seruus fit hostium,vt diximus ad *tit.præced.*desinet esse tutor qui antè fuerat,non aliter quàm si tutor ipse captus proponeretur: quo casu nemo dubitat quin alium in sua potestate tanquam tutor habere non possit is qui ipse in aliena sit potestate *l. cùm heredes* 23.§.1.D.*de acquir.poss.l.sic eueniet* 21.*D.ad leg.Iul.de adult.* Quòd si tutor non ab hostibus captus sit,sed ad eos missus quasi legatus,aut etiam ab eis receptus, aut transfugerit,tutor manet,quia seruus non efficitur,sed interim alius tutor à præsidibus dabitur,vt subiicit Vlp.in *l.si quis tutor* 15.*eod.tit.*De *tutel.* vbi tamen mirum illud est quod ait de transfuga,tutorem eum manere cùm desinat esse ciuis *l.*5.§.1.D *de capit.minut.*atque ita & patrem & patriam simul amittat, vt nec si ab hostibus redeat,ius tamen postliminij habere possit *l.item ei* 14.D. *ex quib.caus.maior.l.postliminium* 19.§.*transfuga &* §.*filius quoque* D.*de cap.& postlim.* Nisi dicamus tractare Vlpianum de tutore qui non in ciuitate datus fuerat,sed in prouincia,vt ex eo constat quod vult interim à præside prouinciæ alium tutorem dari.Nam ciues romanos facilius est amissa ciuitate nihil omnino retinere ex iis iuribus quæ habebãt in ciuitate à iure ciuili. At prouinciales quemadmodum,vt tutores fierẽt,necessarium non erat esse etiam ciues romanos(alioqui dicendum esset ante constitutionem Imp. Antonini quæ omnes in orbe romano constitutos ciues romanos fecit *l.in orbe* 17.*D. de stat.homin.* non fuisse permissas in prouinciis tutelas, quod verè dici non posset.) Ita & quamuis ciues esse desiissent non ideo tutelã amittebant si modò liberi remanerent,Sicut nec eò minùs tutorem habere pupillus debet, quod non sit ciuis romanus,Cùm ratio naturalis æquè pupillis omnibus quantumuis peregrinis consulendum esse suadeat,vel ob hoc ipsum quòd sperandum est fore, vt aliquando euadant non solùm in viros,sed etiam in ciues. Propter quam causam non definitur tutela vis & potestas in capite ciuis romani,sed in capite libero, vt intelligamus ad tutelam,siue inducendam, siue retinendam sufficere ius libertatis,licèt non concurrat ius ciuitatis,etiam in pupilli persona.Quantò minùs igitur necesse erit,vt tutor sit ciuis? Aut cur ob amissã ciuitatẽ desinat esse tutor si modò liber remaneat,cùm non propter tutores,sed propter pupillos tutelæ sint cõparatæ?Quare nec aliud in ciue romano tutore dato admittendũ esse existimo,vt scilicet quamuis desinat esse ciuis,tamẽ quandiu liber manet, tutor esse non desinat,tametsi in eius locum dari alium oporteat. Dices, Cur ergo pupillo deportato desinit esse tutor qui fuerat? præsertim cùm spes probabilis non deficiat deportatum in ciuitatem restitui quandoque posse *l.intercidit* 59.D*e condic.& demonstr.*Respondebo, quia nullo fauore dignus videri potest,qui passus est pœnam deportationis,quisquis ille sit *l. Papinianus* 20.*l. auxilium* 37.*in fin.D.de minor.*Maximè verò cùm deportationis ferè perpetua comes

L. sunt quidam 17.§.1. D. de pœn.

L pen D.de extr. cognit.

L.si quis tutor 15.D.hoc tit.

L.5. §.1.D. de cap. minut.

l. item ei 14. D. ex quib. caus maior.

l.postliminiũ 19.§.transfuga & §. filius quoque D. de capt. & postlim.

Cur deportatus desinat esse tutor.

comes sit amissio & publicatio bonorum, nisi contrarium specialiter ex indulgentia cautum sit *l.relegatus* 14.§.1.*& vlt.cum l.seq.D.de interd.& relegat.* Itaque in pupillo deportato neque personæ, neque bonorum fauor vllus est propter quem dicendum sit post deportationem quoque tutelam durare.

ILLATIO XXII.

De tutore qui remotus est tanquam suspectus.

VIcesimosecundò ex eodem Principio fit vt qui tanquam suspectus remotus est desinat esse tutor *d.l.si adrogati* 14.*§.præterea De tutel.* Cùm enim non ob aliam causam tutor factus esset quàm vt pupilli personam & bona tueretur, qua fronte poterit se tutorem dicere postquam conuictus fuerit de suspecto ex eáque causa remotus à tutela in qua prætextu officij nihil aliud agebat nisi vt grassaretur, rémque pupilli deprædaretur? Cætera quæ tractantur in *d.l.* 14.de tutore ad tempus aut ad certam condicionem dato iam explicauimus illat.13.

d.l.si adrogati 14.*§. præterea D. hoc tit.*

ILLATIO XXIII.

Tutelam esse officium virile.

VIcesimotertiò ex eodem Principio fit quod dici solet tutelam virile officium esse *l.tutela* 16.*eod.tit.De tutel.* Absurdum enim esset eam vim & potestatem in caput liberum dari mulieri, quæ ipsa propter sexus sui infirmitatē olim erat in perpetua tutela, & propter forensium rerum ignorantiam vt refert Vlp.in *fragm.tit.*11.*De tutel.* Additur tamen in *d.l.tutela*, dictio *plerumque* ad excipiendum eum casum quo mater filiorum suorum tutelam à Principe specialiter impetrauerit. Nam & iam olim id aliquando fiebat, vt ex Neratio scriptum est in *l.vlt.eod.tit.* Hodie speciali impetratione nulla opus est postquam placuit Iustiniano *Nouell.*118.*de hered.ab intest. venient. cap.* 5. *§. ex his autem*, vt non solùm mater sed etiam post matrem auia si tutelam suscipere velint illa liberorum, hæc nepotum cæteris agnatis cognatísque præferantur, quamuis pupillorum debitrices sint aut creditrices *Nouell.*94. *vt sine prohibit. matr.debitr.& creditr.tutel.ger.* ex quibus Nouel.sumpta est *auth. matri & auia cum duab.seqq.C.quand.mul.tutel.offic.fung.pot.* Nec tantùm legitimis tutoribus præferri matrem & auiam Iustinianus voluit, sed etiam datiuis, nec nisi testamentarios excepit, cùm tamen olim non nisi cessantibus etiam aut potiùs deficientibus legitimis mater tutrix dari posset *l.*2.*C.eod.* Hoc tamen Iustinianus obseruari voluit vt mulier tutelam susceptura iuret se ad alia vota non transituram, & præterea tam Velleiani Senatusconsulti quàm alterius cuiuslibet iuris auxilio renunciet, quod vtrumque tamen hodie in vsu esse desiit, Primum quidem autoritate iuris Pontificij, ne huiusmodi iureiurando mater vel auia iterum in Domino nubere prohibeatur si nubere malit, quàm vri, vel periurium incurrere cogatur nubendo. Alterum verò quoniam omissa quoque ista renunciatione non eo minùs tamen & Senatusconsulti Velleiani exceptionē & cæteras omnes amisisse mater intelligitur itémque auia quæ vltrò tutelam suscepit, cùm in eo dissimilis sit mater & auia à cæteris tutoribus, quod illi etiam inuiti tutores creantur, si nullam habeant excusationem, mater verò &

L.tutela 16. *hoc tit.*

*Vlp in frag. tit.*11.*De tutel.*

L.vlt.eo.tit.

*Nouell.*118. *de hered.ab int.venient. cap.* 5. *§ ex his autem*

& Nouell. 94. *Vt sine probib.mat. debitr. & creditr. tut. ger.*

*l.*2.*C.quan. mul.tutel. offic.fung. pot.*

Auth. matri & auia cum duab. seqq.eod.tit.

auia non nisi volentes: à quibus proinde pupillos eosdémque liberos decipi esset inhumanum, præsertim verò cùm Velleianũ deceptis tantũ subueniat non decipientibus *l.2.§.sed ita demũ l.si decipiendi 30.D.ad SC.Velleian.* Extra harũ mulierũ matris & auiæ personas etiam hodie verum est quod ait *l.1.C.quand.mul.tutel.offic.fung.pot.* tutelam administrare virile munus esse, & vltra sexum fœmineæ infirmitatis tale officium esse. Posses adiicere, alienum etiam id fore à sexus verecundia si tutelæ obtentu in contumeliam matronalis pudoris irreuerenter irruerent, & virorum conuentibus vel iudiciis interesse cogerentur vt loquitur *l.maritus 21.C.de procurat.* Propter quam causam non solùm iudices fieri non possunt aut magistratum gerere *l.2.De reg.iur.* sed neque arbitriũ suscipere etiam inter libertos *l.vlt.C.de recept.arbitr.* neque procurationem *l.4.l.alienam 18.C.de procurat.* neque curationem *l.scire oportet 21.D.de tutor.& curat.dat.*

l.1.eo.ill.tit.

l.maritus 21.C.de procurat. l.2.de reg.iur.l.vlt.C.de recept.arbitr l.4.l.alienam 18.C.de procu. l.scire oportet 21.D.de tutor.& curat.dat. d.l.tutela 16.D.hoc ti.

ILLATIO XXIV.

De tutela numquam ad alium iure hereditario transferenda.

VIcesimoquartò ex eodem Principio fit, quod sequitur in *d.l.tutela*, nullã tutelam hereditario iure ad alium transferri. Nec enim tutela tale quid est quod sit in bonis & patrimonio tutoris cùm nihil aliud sit quàm vis & potestas in capite libero, quod caput liberum nemo vtique dixerit in alterius bonis esse posse. Idque alij cuilibet potestati commune est vt numquam iure hereditario ad alium transmittatur, excepta ea quæ dominis competit in seruos quæ scilicet cum dominij iure sic coniuncta est vt ab eo separari numquam possit. Dominium porrò in heredem quemlibet transire certo certius est. Sed tamen ad liberos virilis sexus si modò perfectæ ætatis sint post parentum mortem legitimas tutelas descendere ait Caius in *d.l.tutela*, quia non hereditario iure id fit, sed proprio, cùm liberi eius qui legitimus tutor erat tanquam proximus agnatus, post patris mortem ideò fiant & ipsi tutores legitimi, quoniam & proximi agnati esse incipiunt, defuncto nimirum eo qui vno gradu ipsos anteuertebat. In quo est obseruandum aliam tutelarum, aliam hereditatum rationem fuisse, quandoquidem quod ad hereditates non erat in agnatis successio *§.placebat Instit.de legit.agnat.success.* sicut nec in suis *l.1.§.sciendum D.de suis & legit.* Nempe quòd potestas legis 12.tab.hereditatem deferentis vnica delatione consumitur, cùm fieri nequeat vt delationis tempore proximus vnquam reperiatur, qui tum ab alio anteuersus fuit. At quantum ad tutelas attinet, secus *l.3.§.penult.D.de legit.tutor.* Ratio diuersitatis est, quia tutela non semel tantùm defertur vt hereditas, sed toties quoties pupillus indiget tutore, Nec rursus defertur agnato propter ipsius agnati vtilitatem vt hereditas, sed propter vtilitatem pupilli, quæ omnino suadet vt non ideo sine tutore legitimo manere debeat, quod prior legitimus tutor decesserit, cùm non idcirco maneat sine proximo agnato. Cæteræ tutelæ ad liberos tutoris non descendunt, quia non alio quàm hereditario iure id fieri posset.

Cur legitima tutela descendat ad liberos post mortem parentum.

§.placebat Instr.de leg.agnat.success.l.1.§.sciendũ D.de suis & legit. L.3.§.pen.D.de legit.tutor.

ILLATIO XXV.

De tutela testamentaria.

VIcesimoquintò ex eodem Principio fit, vt lege 12.tab.permissum sit parẽtibus testamẽto tutores dare liberis suis siue fœminini siue masculini sexus si modo

si modò in potestate sint. *l.1.in princip.* D. *de testam.tutel.* Nam si verum est vt est quod iam toties diximus, tutoriam potestatem imaginem quandam esse & participationem patriæ potestatis, cuiusnam erat potiùs quàm patris tutores liberis dare? Cuiusnam verò patris, nisi qui liberos haberet in potestate? Quomodo enim alii potestatem dare posset qui nullam ipse haberet? Eadem igitur ratio facit vt non tantùm liberis iam natis, sed etiam posthumis siue filiis siue nepotibus vel alterius gradus liberis, si modò in ea causa sint vt si viuo testatore nati fuerint in eius potestate futuri sint, neque testamentum rupturi, vt subiicit Caius in *d.l.1.§.1.* Eadem enim hac parte ratio est posthumorum dummodo quandocumque postea natorum, & eorum qui testamenti tempore iam nati reperiuntur *l.si primo* 8. *in fin.* D. *de liber. & posth. l.is cui* 18. D. *quand. dies legat.ced.* præsertim cùm generale sit vt qui in vtero sunt quoties de ipsorum commodo agitur pro natis habeantur *l.qui in vtero* 7. *& l.* 26. *De stat. homin.* Quid verò vtilius posthumo esse potest quàm vt nasciturus eo tempore quo patrem amplius non habebit, saltem habeat tutorem, à quo perinde atque à patre regi possit. Ideo autem adiecit Caius *neque testamentum rupturi.* quia absurdum esset adeóque implicaret contradictionem valere tutelam iis posthumis fauorabilem qui nascendo testamentum rupturi essent, cùm ex rupto testamento non possit adiri hereditas, ex eo vero testamento ex quo hereditatem nemo adierit fieri nequeat vt valeant tutelæ non magis quàm aliud quicquam ex cæteris eodem testamento relictis *l.si nemo* 9. D. *de testam.tutel.*

L. 1 in princip. D. de testam. tutel.

d.l.1.§.1.

L. si primo 8. in fin. D. de liber. & post. l. is cui 18. D. quan. dies legat. ced. l. 7. l. 26. D. de stat. homin.

l. si nemo 9. D de testa. tutel.

ILLATIO XXVI.

De tutore non dando per patrem nisi in testamento.

VIcesimosextò ex eodem Principio fit, vt ita demum patri liceat tutorem liberis suis dare, si testamento id faciat. *d.l.1.eod.tit. De testam. tutel. l.1.§.1.* D. *de confirm.tutor.* Cùm enim is qui tutorem constituit, patriam potestatem quam in liberos suos habet mandare tutori intelligatur, patria verò potestas sit ex legibus quamuis non scriptis hoc est ex moribus populi romani, vt suprà diximus ad *tit. De patr.potest.* Consequens est, vt legem quodammodo facere debeat testator qui dat tutorem: Legem porrò priuatus facit tū demùm cùm testatur, non etiam si extra testamentum quis disponat puta in codicillis, quia de testamento solo sensit lex duodecim tabularum, non etiam de codicillis quorum nullus tum vsus erat, cùm sic locuta est *Paterfam. vti super sua re pecuniáve legaßit ita ius esto.* Itaque nullius momenti erit tutela in codicillis data nisi testamento fiat confirmati *d.l.1.§.1.* De *confirm.tutor.* Hæc enim exceptio subiicienda est quia codicillorum testamento cōfirmatorum singulare ius est, vt quæcunque in iis scribuntur perinde habeantur acsi in testamento scripta essent *l.2.§.codicillorum* D. *de iur.codicill.* Si tamen in codicillis testamento non confirmatis tutorem liberis pater adscripserit, aut in qua alia vltima sed minùs sollenni voluntate, confirmandus est omnimodo à prætore, qui hac in re vt & in cæteris ferè omnibus solet ac debet sequi patris voluntatem *d. l. 1. & tot.tit. De tutor.confirm.* Nec enim titulus ille pertinet ad tutores ritè datos, quos vtiq; constat non egere confirmatione, sed ad eos quorum dationem summo iure aliquid nullam facit, quòd dati sint vel à quibus vel quibus nō oportet, vel quo modo non oportet, vel vbi non oportet vt in *d.l.1.* scriptum est iuncta *l.3. eod. l.3. De test.tutel.*

d. l. 1. D. de test am. tut. l.1.§.1. D. de confirm.tut.

l. 2. §. codicillorum D. de iur. codicill. l.1. D. de confirm. tutor.

l. 3. eod. l. 3. D. de testa. tutel.

ILLATIO XXVII.

De tutore dato per auum nepoti recasuro in potestatem patris.

VIcesimoseptimò ex eodem Principio fit, vt qui filium in potestate & nepotem ex eo æquè in potestate habet si nepoti tutorem dederit, ita rectè dedisse videatur si post eius mortem nepos in patris sui potestatem recasurus non sit: quod euenit si viuo testatore filius in patris potestate esse desierit *d.l.* 1. *§. vlt. De testam. tutel. §.* 3. *hoc tit.* Nepos enim recidens in patris sui potestatem post mortem aui, fieri nequit vt habeat tutorem, ne alioqui eueniat vt in duorum potestate sit, & fictitium patrem ei demus qui verum habet: in quo haud dubiè non solùm iuris ratio, sed etiam ius veri patris læderetur. Itaque ad rem non facit quòd auus testamenti tempore nepotem hunc non minùs quàm proprium suum filium habuerit in potestate. Non tam enim tempus illud quo tutor datus est inspici debet quàm in quod datus fuit, cùm in futurum tutela conferatur, id est in id tempus quo morte finita erit potestas illa patria dantis tutorem. Quæ licet iuris quadam interpretatione ad tempus vsque pubertatis porrigatur ad effectum hunc inducendum vt pupillo qui alioquin pleno iure suæ potestatis futurus esset tutor dari possit, in proposito tamen id euenire non potest, cùm auo mortuo alius reperiatur in cuius reuera potestate sit, nimirum pater. Itaque veritas excludit fictionem nec vllum ei locum relinquit. Eadémque ratio facit vt nec pupillariter substituere huic nepoti auus possit *l.* 2. *in princip. De vulg. & pupill. subst.* Ad patrem enim qui nepotem hunc eundémque filium suum in sua potestate post aui mortem habiturus est, pertinet, vt ei det sicut tutorem ita & heredem.

d.l. 1. *§. vlt. D. de testa. tutel. §.* 3. *hoc tit.*

L. 2 *in princip. de vulg. & pupill. subst.*

ILLATIO XXVIII.

De milite dante tutorem liberis suis in alterius potestatem recasuris.

VIcesimooctauò ex eodem Principio fit vt nec militi permissum sit liberis suis in alterius potestatem eo mortuo recasuris tutorem dare *l.* 2. *eo. tit. De testam. tutel.* Nec enim aliter constitui posset in fauorem aui eiusdémque militis citra magnam patris iniuriam qui ea ratione patriæ suæ potestatis iure fraudaretur. At priuilegia militum ad alienam iniuriam porrigi non oportet vt neque cæterorum *l. impuberi* 40. *De admin. tutor.* vbi aliam quoque rationem nec minùs elegãtem huius nostræ illationis Papinianus reddit, quòd non in aliis circa supremam voluntatem imperitiæ venia detur, quàm in bonis militum, filij verò tutela, inquit, iure patriæ potestatis, non militiæ præmio mandatur. Itaque si ponas è contrario filiumfamilias militem decessisse filio impubere instituto, eíque in aui potestate manenti non solùm substituisse, sed etiam tutores dedisse, substitutio quidem valebit, scilicet tanquam militaris non tanquam pupillaris, id est perinde ac alij cuilibet facta qui nec filius esset nec impubes, sed tutoris datio non valebit, quia hereditati suæ miles qualem vult substitutionem facere potest, verumtamen alienum ius minuere non potest, vt eleganter Vlp. respondit, & à Diuis fratribus rescriptum fuisse testatur in *l. cùm filiusfamilias* 28. *De testam. milit.*

L. 2. *D. de testam. tutel.*

L. *impuberi* 40. D. *de administr. tutor.*

l. cùm filiusfamilias 28. *D. de testa. milit.*

ILLATIO XXIX.

De tutore dato per patrem filio exheredato.

VIcesimonono ex eodem Principio fit, vt pater filio non solùm heredi instituto, sed etiam exheredato tutorem dare possit *l. pater* 4. D. *de testam. tutel.* Nam cùm exheredatio non tollat filio ius suitatis vt probauimus *lib.* 9. *Conect. cap. vlt.* & multò minùs ius patriæ potestatis quod nihil habet commune cum iure succedendi, ex quo tamen potissimùm ius suitatis æstimatur *l. scripto* 7. D. *vnd. liber.* consequens est, vt non possit adimere patri ius quod habet dandi filio tutoris: sicut non impedit quominus filio impuberi substituere possit pupillariter, perinde ac instituto *l. 1. §. substituere l. sed si plures* 10. *§. ad substitutos De vulg. & pupill. subst.* Præsertim verò cùm tam tutela quàm pupillaris substitutio non in patris qui filium exheredauit, sed in ipsius filij vtilitatem, & commodum cedat, cui ob id solùm quòd exheredatus fuerit, hoc quoque commodum adimi esset inhumanum, vt hoc saltem habeat à patre quod pater citra patrimonij sui diminutionem ei dare & voluit & potuit *arg. l. dotem* 6. in postremis illis verbis *vt hoc saltem habeat ex paternis D. de collat. bonor.* Tantò magis quod multi non notæ causa exheredant filios, nec vt eis obsint, sed vt eis consulant, maximè impuberibus, eisque dant fideicommissariam hereditatem *l. multi* 18. *De liber. & posthum.* Quamquam vix erat vt hoc casu pater filio exheredato cui fideicommissariam hereditatem dedisset, tutorem etiam daret. Solebat enim id fieri ab iis qui lubrico tutelæ fideicommissi remedium præferebant vt Papinian. loquitur in *l.* 3. §. *cùm Pollidius De vsur.*

l. pater 4. D. de testam. tutel.

l. 1. §. substituere l. sed si plures 10. §. ad substitutos De vul. & pupill. subst.

l. multi 18. D. de liber. & posthum.

l. 3. §. cùm Pollidius D. de vsur.

ILLATIO XXX.

De matre vel auia dante tutorem filio vel nepoti.

TRigesimò ex eodem Principio fit quod subiicit Modestinus in *d. l. pater*, in eo differentem esse condicionem matris à patre, quòd cùm pater filio siue instituto, siue exheredato tutorem dare possit, vt proximè diximus, mater tamen non nisi instituto filio tutorem dare potest, multò minùs auia, quasi in rem potiùs quàm in personam tutorem dare videatur. Etsi enim personis principaliter tutores dantur, bonis verò non nisi in consequentias, fieri tamen nequit vt filium in aliena potestate constituat mater, quæ illum non habet in sua, ne alioqui plus iuris in alium transtulisse videatur, quàm ipsa habuerit quod esset contra vulgares regulas iuris. Certum enim est neque matrem neque auiam habere liberos in potestate *§. fœmina* 10. *supr. De adoption. l. mulierem* 5. *Cod. eod.* vnde & patriam potestatem non matriam appellamus, cùmque fieri non posset vt filius in patris matrisque simul potestate esset, nemo non videt fuisse multò conuenientius vt in patris potestate liberi essent quàm in matris, vt disputauimus ad *tit. De patr. potest.* Tutor tamen à matre vel auia datus filio quem ipsa heredem instituerit, confirmabitur à prætore, ne alioqui decipiatur mater vel auia quæ pupillum hunc fortassis institutura non fuerat, nisi bonorum quæ ipsi relinqueret conseruandorum gratia huic vel illi administrationem dedisset, Quidni enim ipsi licuerit bonorum, de quibus disponebat, administrationem pro arbitrio ei cui vellet dare, quamuis tutoris nomen

d. l. pater 4. D. de test. tutel.

§. fœmina 10 sup. de ado. l. mulierem 5. C. eod.

vsurpauerit, pro eo quem debuerat potiùs dicere administratorem? Nam & si patronus vel quiuis extraneus impuberi quem heredem instituerit, tutorem dederit, & extra ea nihil in bonis habeat pupillus, placet iudicium eius sequendum esse, qui & personam eius quem tutorem esse voluit nouerit, & impuberem ita dilexit vt heredem eum institueret *l. si patronus* 4. D. *de confirm. tutor.*

l. si patronus 4. D. de confirm. tutor.

Vbi tamen notandum est quod lex ait *& extra ea nihil in bonis habeat pupillus*, Vt intelligamus si alia bona pupillus habeat non esse iudicium patroni aut alterius extranei testatoris sequendum, quia sicut absurdum esset velle illum dare legem administrationi bonorum quæ aliunde quàm à se pupillus haberet ita & illud absurdius tutorem dari alicui pro bonorum parte duntaxat. In eóque melior condicio est matris vel auiæ quàm patroni vel extranei cuiuslibet. Etsi enim non nisi instituto filio tutorem dare mater potest vt diximus, potest tamen ei dare qui etiam aliud patrimonium habeat, dummodo non habuerit alium tutorem à patre. Alioqui tutor à matre datus non nisi materni patrimonij administrationem habebit, reliquorum omnium is, qui à patre datus fuerit. Ideo autem & qui habet tutorem à patre, accipere adhuc potest à matre, & qui à matre datus est alio existente, maternorum duntaxat bonorum administrationem habet, quia in rem potiùs quàm in personam datus intelligitur *d. l. pater*, Vt proinde ad rem pertinere non possit si quis hoc casu obiiciat quod toties diximus tutelam sui natura indiuiduam esse: Tunc enim id obtinet, cùm tutela datur personæ quæ ipsa indiuidua est. Quod cùm ita sit, non abs re quis miretur, quod scribit Harmenop. *lib.* 5. *tit.* 11. etiam viuente viro matrem communi filio rectè tutorem relinquere cùm viuente patre filius qui ab eo emancipatus non sit, neque maternum, neque aliud patrimonium habere possit, nisi restringas eam sententiam ad ius nouum à Constantino primùm inductum, quo factum est vt bonorum maternorum proprietas ad liberos quamuis in potestate constitutos pertineat solo vsufructu patri relicto *l.* 1. *C. de bon. matern.* Sed tum quoque mirum est permitti matri vt filio patrem habenti det tutorem ob materna bona, quorum administrationem pater ipse habere debeat. Si non illud etiam ponas vt mater quæ alioquin odio fortassis mariti alium heredem institutura fuerat, filium heredem scripserit hac lege vt neque vsusfructus neq; administratio bonorũ maternorũ ad patrem pertineret. Id enim cur non saltem hodie matri liceat, quod licet alij cuilibet filiumfamilias instituenti? *Nouell.* 117. *Vt lic. matr. & auiæ cap.* 1. vnde sumpta est *Auth. excipitur C. de bon. quæ liber.* Hoc verò saltem casu nemo non videt necessariũ esse dari filio tutorem, aut vt meliùs dicam, curatorem à magistratu, si mater ipsa non dederit. Multò igitur magis matri, vt ipsa det, erit permittendum. Sed & olim idipsum habere locum poterat si mater filium suum heredem instituisset non quidẽ purè, sed sub illa cõdicione, quæ & vulgaris & frequẽs erat, si pater filium emancipasset vt in *l. duos* 70. *l. si cui* 92. *cum l. seq. D. de condic. & demonstr. l. quidam* 46. *D. de hered. instit.* Cùm enim non aliter aut priùs heres fieri posset filius quàm impleta institutionis condicione, consequens erat vt patria potestas quæ tunc per emancipationem extincta reperiretur, non posset impedire quominùs eodem testamento tutorẽ filio dare mater potuisset. Plus autem iuris hac in re matrem habere quàm patronũ aut alium quemlibet extraneum, minùs mirum est, quia licèt non magis quàm cæteri habeat filium in potestate, hoc ipso tamen quod mater est maiorem erga illum adfectionem habuisse

Plus potest mater & auia quàm patronus vel extraneus in tutore dãdo impuberi instituto.

d. l. pater 4. D. de test. tutel.

Tutela indiuidua.

Harmenop. lib. 5. tit. 11.

l. 1. C. de bon. mater.

Nouell. 117. Vt lic. matr. & auiæ ca. 1. Auth. excipitur C. de bon. quæ lib.

Condicio emancipationis.

habuisse credenda est, vt melius quoque ipsi prospectum esse voluerit. An igitur similiter dicemus tantundem iuris eam habere, quantum habeat pater in dãdo tutore filio quẽ desierit habere in potestate? Minimè. Pater enim matrẽ vincit si non in ea quæ per naturam vtrique parenti communis est, erga liberos adfectione, sanè in eo quod plus habet iudicij & consilij ad benè filio prospiciendum. Ob idque placet tutorem à patre non ritè datum, siue quòd non haberet filium in potestate, siue quod neque in testamento, neque in codicillis testamento confirmatis tutorem dedisset omnimodo confirmandum esse, id est sine inquisitione, *d.l.pater l.si filio* 6. D. *de cõfir.tut.* ne dũ sine satisdatione *l.qui à patre* 3. *eod.l.*2. C. *eod.* cùm tamen in confirmando tutore quem mater dedit inquisitio prorsus necessaria sit licèt satisdatio non item *l.*2. *& vlt. D. eo.* quia nec alij ab alio quolibet dati satisdant si ex inquisitione vel dati vel confirmati sint *l.*8. *D. de curat.furios.& tit. De satisd.tutor.in princip infr.* Quamquam inquirere ante omnia prætor debet, non quidem an tutoris à patre dati persona sit apta & idonea, quasi patris voluntatem emendaturus, sed an durauerit patris voluntas, quod in facili quidem est, si proximo mortis tempore non iure tutores vel curatores scripserit pater. Sed si ante aliquot annos, vt medio spatio potuerit fieri diminutio facultatum tutoris non iure dati, vel morum tutoris improbitas emerserit, quæ antè celata fuerat vel ignorata, aut inimicitiæ cum patre exarserunt, vel medio tempore contractum aliquem damnosum tutor cum fisco miscuerit, vtilitatem pupillorum sequetur prætor, non scripturam testamenti vel codicillorum. Nam patris voluntatem ita accipere prætor debet, si non fuit ignarus scilicet eorum quæ ipse prætor de tutore comperta habet. Quid denique si postea de eo quem pater testamento vel codicillis non iure dedit, scripserit tutorem esse nolle? Nempe non sequetur prætor primam voluntatem, à qua etiam pater ipse recesserit *l.in confirmando* 8. *cum duab seqq.* D. *de confirm.tutor.* At tutor à matre datus quamuis æquè confirmandus sit à prætore, adeóque sine satisda ione, Rem pupilli saluam fore, quomodo & is qui ab auia datus fuit *l.vlt eod.* non tamen sine inquisitione *l.* 2. *eod. l.* 1. *C.eod.* quia matris consilium suspectum est prætori, non quasi minus habeat fidei & adfectionis erga filium quàm pater, sed quia minus habet iudicij & prudentiæ, qua maxima opus est ad eligendum impuberi tutorem, qui vice patris esse debeat.

d.l.pater l.si filio 6. *D de confirm.tut. l. qui à patre* 3. *eo. l.*2. *C.eo l.*2. *& vlt. D.eod.*

l.in confirmando 8. *cũ duab.seqq. D.de confir. tutor.l.*2. *& vlt. eod.l.*1. *C.eod.*

ILLATIO XXXI.

De curatore dato per patrem in testamento.

TRigesimoprimò ex eodem Principio fit, vt curator testamento nec à patre rectè detur *l.*1.*§.vlt.* D. *de confirm.tutor.§.*1.*infr.* D*e curat.l.penult. C.de testam.tutel l.curatorem* 6. *C.de negot.gest.* Quamuis enim curator nullam potestatem habeat in personam, tamen habet administrationem bonorum, quam vtique absurdum sit ab eo dari, qui nullum ius habuerit patriæ potestatis aut qui habuerit quidem, sed desierit habere, quomodo desinit ille, qui moritur, & filiũ puberẽ relinquit, quoniã patria potestas quæ per mortẽ patris reuera extinguitur, nec per fictionẽ quidẽ vltra pubertatis aduenientis tẽpora extẽdi potest, cũ eo tẽpore nõ omnino patre egeat is, qui sibi aliquomodo cõsulere per ætatem possit. Quid igitur si pater curatorem dederit filio sed impuberi? Non

*l.*1.*§.vlt.D. eod.tit.de confir.tutor. l.pen. C.de test. tutel.l. curatorem* 6. *C. de negot.gest.*

valebit datio,quia licèt impuberi prouidere pater possit etiam post mortē suā quasi remanente quadam imagine patriæ potestatis,hactenus tamen ei prouidere potest vt tutorem det,non vt curatorem, nec si pater miles proponatur, aliud tamen iuris erit,quia nullum hac in re militis priuilegium est *l.impuberi* 40.D.*de adm.tutor.*Confirmare tamen eum prætor debebit citra inquisitionē sicut & si puberi datus esset *d.l.1.§.vlt.l.si filio 6.D.de confirm.tutor.* vbi non video cur Haloander pro *puberi* maluerit reponere *impuberi*, & contrà *impuberi* pro *puberi*.Nam si quis ponat patrem filio impuberi dedisse tutorem, puberi verò curatorem,Dicam curatorem quidem egere confirmatione sed non tutorem,nisi ponas datum eum inutiliter ex aliqua causa puta in codicillis testamento non confirmatis, aut filio impuberi iam emancipato. Atqui Papinianus in *d.l.6.*tractat eum casum quo tutor à patre datus, non minùs egeat confirmatione quàm curator.Tutorem igitur puberi datum fuisse ponendum est, & impuberi curatorem.Quamquam inter hos casus differentia illa est, quod cùm tutor puberi datus est,non solùm confirmanda est patris voluntas, sed etiam ex parte vt confirmetur,immutanda:vt nimirum qui tutor fuit nominatus,curator fiat:deinde tanquam curator confirmetur. Cùm verò curator impuberi datur,non est necesse fieri commutationem voluntatis vt ex curatore tutor fiat,quia nihil vetat impuberi dari curatorem,vt euenit cùm datur iā habenti tutorem,quamuis pubes tutorem habere numquam possit.Neque tamē improbabile est eum quem pater impuberi curatorem dederit confirmandū esse non tanquam curatorem,sed tanquam tutorem,Ne alioqui euenire necesse esset,vt vel tutorem nullum haberet pupillus,cuius tamen interest tutorem habere potiùs quàm curatorem,vel alium ei administratorem dari oporteret quàm quem pater ei elegisset.Tamfacile autem est magistratui errorem illum patris corrigere, confirmando tutorem eum, quem pater curatorem nominasset, quàm confirmare tutorem eum quem pater vel in testamento minùs sollenni,vel in codicillis testamento non confirmatis, vel impuberi emancipato tutorem dedisset.

l. impuberi 40. D.de admin tut. d.l.1.§. vlt. d.l.si filio 6. D.de confir. tutor.

ILLATIO XXXII.

De confirmando tutore dato per patrem filio naturali.

TRigesimosecundò ex eodem Principiò fit vt naturali filio tutor frustra detur etiam à patre adeo vt nec sine inquisitione confirmandus sit non magis quàm si à matre datus fuisset,*l.naturali 7.D.de confirm.tutor.*Nam cùm naturales filij non solùm in potestate patris naturalis non sint, sed nec vnquam fuerint,in quo deterioris condicionis sunt quàm emancipati (naturales enim hîc appellamus qui extra iustas nuptias in seruitute & contubernio suscepti deinde cum parentibus manumissi sunt, ius autem patriæ potestatis non nisi ex iustis nuptijs proficiscitur,vt diximus ad *tit.De patr.potest.*)apparet non plus iuris posse habere patrem naturalem quàm matrē in hoc vt filio naturali det tutorem,siquidem ius quoque dandi tutoris pendet,vt diximus, ex ea patria potestate.Ex quo intelligimus id quod suprà diximus tutorem à patre minùs ritè datum à magistratu confirmandum esse sine inquisitione,non ex eo fieri quod de patris electione plurimùm lex confidat nullúsque affectus vincat paternum,quæ vulgaris interpretum nostrorum ratio est,Sed ex patriæ potesta-

L. naturali 7.D.de confirm. tutor.

tis

tis iure descendere. Alioqui nullà ratio esset cur patrē naturalē à legitimo hac parte separari oporteret, cùm in iis quę ad naturalē illā affectionem pertinēt, nulla inter eos differentia sit, nec minùs pater sit qui naturalis tātùm est quàm qui legitimus. Quinimo nec negari potest maiorem esse affectum illum naturalem in patre naturali, quàm in patre adoptiuo qui patris ius & nomen habet à legibus duntaxat non etiā à natura *l.1. D. de adopt.* Et tamen nemo dubitat quin tutor à patre adoptiuo datus inutiliter perinde cōfirmādus sit sine inquisitione acsi à patre naturali & legitimo datus esset. Nihil ergo hîc est quod intueri debeamus pręter patriā potestatem. Obseruandū tamen est in *d. l. naturali*, verba illa *cui nihil relictum est* Triboniani esse respicientis ad *d. l. vl.* C. *eo. tit. de confirm. tutor.* vt scripsimus ad Prin. 2. *de nupt. illat.* 1. Nihil enim hac in re potest referre an filio naturali nihil prorsus, an bona sua omnia reliquerit pater naturalis, qui ei tutorem dedit, cùm non magis vno casu quàm alio habeat filiū in potestate. At quoniā de tutore per inquisitionem cōfirmando toties locuti sumus, illud prętermittendū nō est quod subiicitur in *d. l. naturali.* Si quæratur an ex inquisitione tutor rectè datus sit, vel confirmatus (eadē enim datio nis & cōfirmationis hac parte ratio est) quatuor hæc cōsideranda esse, An is dederit, vel cōfirmauerit qui dare, vel cōfirmare potuit, An ille acceperit cui fuerat dādus, vel confirmandus, An is datus, vel confirmatus sit, cuius dandi, vel confirmandi facultas erat, An denique pro tribunali interpositum fuerit decretum. Cùm enim nihil aliud sonet ipsum inquisitionis nomen, nisi diligentem & exactam causæ cognitionem, consequens est, vt pro tribunali tantùm non etiam de plano expediri possit *l. nec quicquam 9. §. vbi decretum de off. procons. l. 1. §. abolitio* D. *ad SC. Turpil l. omnia quacūque 71. l. vbicūque* 105. *De regul. iur.* Sed & obseruandum est, quoties tutor aliquis, vel curator confirmatur sine inquisitione, qui non nisi cum inquisitione cōfirmandus erat, onerandum eum satisdatione, alioqui actionem eo nomine contra magistratum, qui eum confirmauerit dandam esse si postea tutor ille, vel curator minùs idoneus probetur *l. tutores 5. D. de confirm. tut.* vbi hoc ipsum Papinianus respondit eo quoque casu quo tutores à patruo datos iusserat prætor confirmari à magistratibus. Hi magistratus, inquit, cautionem accipere debuerūt, nec voluntas eius qui tutorē dare non potuit, corū negligētiā excusabit, quomodo excusaret si tutorē dare testator potuisset. Nā nec prætor decretū antè interponere potest quàm tutoribus istis per inquisitionē idoneis pronūciatis, vnde sequitur, inquit, Papin. vt si tutelę tēpore soluendo nō fuerunt in id quod de bonis corū seruari nō possit, actio cōtra magistratus decernatur. Necesse enim est malè ab iis factā inquisitionē cùm idoneos esse tutores pronūciauerūt eos qui reuerá idonei iam tūc nō erāt, & quibus tamē pretextu factę inquisitionis satisdationē remitti oportuit, quoniā fides inquisitionis pro vinculo cautionis cedit, vt idē Pap. loquitur in *l. si impubers 13. in fin. De tutor. & curat. dat.* quandoquidem non solùm absurdum esset, verùm etiam iniquum cautione onerari eum qui idoneus pronunciatus esset *l. bonorum 5. D. de curat. furios. & tit. De satisd. tutor. in princip.*

l. 1. D. de adopt.

Tribonianismus in d. l. naturali.

L. vlt. C. de confirm. tut.

l. nec quicquam 9. §. vbi decretū De offic. procons. l. 1. §. abolitio ad SC. Turpill. l. omnia quæcumque 71. l. vbicūque 105. de reg. iur.

l. tutores 5. D. de confir. tutor.

l. si impuberi 13. in fin. D de tutor. & cur. dat. l. bonorum 5. D. de curat. furios.

ILLATIO XXXIII.

De curatore per auiam dato nepotibus cum fideicommisso hac contēplatione relicto.

TRigesimotertiò ex eodem Principio fit quod Scæuola respondit in *l. vlt.* D. *de confir. tutor.* Si auia nepotibus curatorem dederit fideicommisso, aut

L. vlt. D. de conf. tut.

legato aliquo hac contemplatione, quod in dubio præsumendum est ei relicto, non quidem posse compelli eum, vt curam suscipiat & administret, cùm reuera curator non sit, quem suprà diximus nec à patre testamento dari posse, quantò minùs ergo ab auia? Sed tamen cùm ei testamento aliquid datũ proponatur, quocũque tandem titulo datum id fuerit, siue legati, siue fideicommissi (quid enim referre potest?) teneri eum ex fideicõmisso, vt idipsum quod a nepotibus accepisset, iis redderet si nõ curam susciperet, nisi mallet ille vltrò, vel quod sibi datum esset necdum traditum non petere, vel quod sibi iam solutũ esset, reddere. At cur ex fideicommisso cùm nulla fideicõmissi verba in nepotũ fauorem vsurpata fuisse ponamus? Nimirum, quia hoc ipso quod tutor, vel curator aliquis datur, fidei eius cõmittitur, vt vel personę, vel patrimonij, vel vtriusque simul administrationẽ ille suscipiat: quod si facere nolit, quia nõ cogitur, (soli enim legitimi coguntur, vel qui à magistratu aliquoalio, quàm agnationis, vel cognationis iure datur) æquũ est eã fieri interpretationem, vt fideicommissum illud suscipiendæ tutelæ, vel curæ conuertatur in aliud fideicommissum restituendi totius commodi quod ea contemplatione fuerat iã consecutus: ne alioqui euenturum sit, vt testãtis voluntas circumueniatur *arg. l. si cui* 92. *De cond. & demonst.* Nec enim possumus hìc remediũ illud adhibere, quod adhiberi solet cùm duo legata, vel fideicommissa relicta sunt, quorum alterutrum habeat aliquod onus: quo casu dicimus non posse illud repudiari, si alterum quod onus nullum habet, agnoscatur *l. 5. de legat. 2 l. à filio* 15. D. *de alim. legat.* Nẽpe quia hìc vnũ duntaxat fideicõmissum fuit, idque curatori relictũ nõ à curatore: in quo differt hęc species ab illa de qua in *d. l. à filio.* Neque rursum possumus dicere fideicõmissũ curatori solutũ ei cõdicẽdũ esse tãquã indebitũ cùm debitum fuisse negari nõ possit quod & apertis & aptis verbis relictũ est: cúmq; in vltimis volũtatibus nũquã sit locus condictioni ob causam dati causa nõ secuta, quia causa propter quã datur aliquid per heredẽ ex vltima defuncti volũtate alia nõ est quàm ipsa defuncti voluntas, quę effectum & exitũ habere omnino debet, Ob idque cautionibus expediri res solet si quãdo is cui testator aliquid pręstari voluit vicissim ex parte sua postmodũ aliquid dare, vel facere debeat aliter quàm per speciẽ cõditionis, vt cernere est in cautione Muciana, & similibus, quę nõ nisi frustra interponerẽtur si posset locus esse condictioni nõ secuto ex parte legatarij, aut fidecõmissarij implemẽto, quod testator sequi voluisset. Ergo postquàm fideicõmissũ curatori solutũ est quod ei testator dederat cõtẽplatione suscipiẽdę curę, aliud nihil est quod possimus dicere, ne testãtis volũtas circũueniatur, quàm vt illud ipsum quod accepit, ex fideicõmisso restituere teneatur. Sequẽs quęstio apud Scæuolã tractata in *d. l. vlt.* illa est, An curator hic nepotibus satisdare debeat. Respõdet verò quasi curatorem nõ debere, cùm neq; curator sit, neq; sine inquisitione cõfirmetur, inquisitio autẽ, vt iã diximus, vice satisdationis cedat: Sed alia ratione cogendũ eũ satisdare, Nẽpe quòd fidecõmissi nomine sit obligatus sub illa veluti cõdicione, si neque curã suscipere volet, neq; quod acceperit, reddere. Tritũ .n. est fideicõmissorũ & legatorũ in diẽ, vel sub cõdicione relictorum nomine satisdari oportere ex prætoris edicto De quo in *tit. vt legat. seu fideic. seruan. caus. caueat. D. nec tãtum ab herede,* sed à cęteris etiam omnibus qui fideicommisso onerari possunt, inter quos vtique & legatarius & fideicommissarius quilibet est, quamuis constet à legatario legari olim non potuisse *§. 1. inst. de singul. reb. per fideic. relict.*

L. 5. de leg. 2. l. à filio 15. De alim. legat.

Alia quæstio d. l. vlt. D. de confirm. tutor.

Tit. Vt lega. seu fideic. seruand. cau. caueat.

ILLA-

ILLATIO XXXIV.

De tutore vtiliter dato à magiſtratu ei cui pater inutiliter dederat.

TRigeſimoquartò ex eodem Principio fit, vt ſi pupillo pater teſtamento inutiliter tutores dederit,& priuſquàm hi cõfirmarentur alij ab eo cuius interfuit,id eſt qui ius dandi habuit,dati ſint,id quod iure geſtum eſt reuocari non oporteat,ſed manere debeant tutores qui fuerunt *l.pen.C.de confir. tutor.* Illa enim tutoria poteſtas ſicuti patriæ poteſtatis portio quædam eſt, ita & eius exemplo,ſemel acquiſita non niſi certis & legitimis modis amittitur. De quibus *infr ti.quib.mo.tutel.finit.*Nec quod teſtamẽtaria tutela cæteris omnibus præferri & ſolet,& debet,ad rem facit.Non enim teſtamentaria tutela dici poteſt,quæ inutiliter,quamuis in teſtamento data eſt.Sed tamen an illi qui iudicium patris habent curatores eidem pupillo conſtitui debeant,aditus competens iudex perſpectis vtilitatibus pupilli ęſtimabit *d.l.penult.* Ex quo intelligimus tantò apertius verum eſſe,quod ſuprà dicebamus, nihil vetare quominus à magiſtratu confirmentur tanquam tutores ij quos pater dederat, vt eſſent curatores, ſicut è contrario in propoſito euenit vt confirmandi ſint tanquam curatores, qui tamen dati fuerant,vt tutores eſſent.

l.pen. C.de confir.tutor.

Dati à patre tutores confirmandi ſunt interdũ tãquam curatores.

ILLATIO XXXV.

De tutore dato per patrem naturalibus liberis ex concubina ſuſceptis.

TRigeſimoquintò ex eodem Principio fit vt naturalibus liberis ſuſceptis, non in ſeruitute & ex contubernio,vt illi de quibus diximus illat.32. ſed ex concubina, quibus naturalium liberorum nomen primus Conſtantinus dedit vt Iuſtin. refert *Nouell.89.quib.mod.natur.effic. ſui in princip.*tutorem dare pater non poſſit, niſi quatenus hæc ipſi licentia data eſt à Iuſtiniano in *l.vltim.C.de confirm.tutor.*id eſt quantum ad eas duntaxat res pertinet, quas pater ipſe quocumque modo ei dederit, vel reliquerit, ſcilicet intra eum modum qui eiuſdem Iuſtiniani legibus fuit præfinitus, & ſecundum eas diſtinctiones de quibus in *Auth.licet.C.de natur.liber.*Sed & hoc ipſo caſu non fecit Iuſtinianus, vt ipſo iure tutor ſit ille, quem filio naturali pater dederit, at illud tantùm, vt à competenti iudice ante omnia confirmari debeat, & ita poſt confirmationem res gerere pupillares. Nimirum quia fieri nequit, vt ipſo iure tutor ſit ille quem dederit pater qui non habeat filium in poteſtate,nec rurſum vt habeat quis in poteſtate ſua liberos ex concubina ſuſceptos, cùm non niſi per iuſtas nuptias,vt toties diximus,patriæ poteſtatis ius acquiratur.Illud minùs mirum eſt quod idem Iuſtin.cõſtituit in *l.vlt.C.quand.mul. tutel.offic.fung.pot.*vt ſi pater liberis ſuis naturalibus tutorem non dederit in iis ſcilicet quę ab ipſo ad liberos peruenerũt,mater autem eorum tutelam ſubire velit,non minùs id ei liceat,quàm ſi iuſti & legitimi eſſent liberi,eadem prorſus ſollennitate interueniente.Nam ſi in liberis iuſtis, in quibus & teſtamentariæ & legitimæ ſunt tutelæ,matribus tamen conceditur ad prouidentiam filiorũ ſuorũ venire,ſcilicet aliis tutelis deficiẽtibus tã legitimis,quàm teſtamẽtariis ſecũdũ ius Codicis de quo in *l.2.eod.tit.*(nouiſſimo enim iure ſolis teſtamentariis tutoribus poſtponi matrem Iuſtin.voluit *Auth. matri & auiæ eo.tit.*

L.vlt.C. de confirm. tutor.

Auth. licet C.de natur. liber.

L. vlt. C. quand.mulier tutel.offic.fung.pot.

l.2. eod.tit.

multò magis vbi legitimæ tutelæ deficiunt saltem alias matribus dare humanissimum est, vt ratiocinatur idem Iustin. in *d.l.vlt.* Tantò magis quod & iam antea Imp. Zeno induxerat, vt naturalibus quoque istis liberis ad similitudinē eorum qui ex legitimis nuptiis procreati essent, matres petendorum tutorum necessitatem haberent, alioquin iis quandocumque postea decedentibus, succedere ab intestato & ex Tertylliano non possent *l.vlt.C.qui pet.tut. vel curat.*

L.vl.C.qui pet. tutor. vel curat.

ILLATIO XXXVI.

i pag. 144 et i pag. 781 i fi

De tutore dato filiis, vt etiam posthumis datus videatur.

TRigesimosextò ex eodē Princip. fit vt si quis filiabus suis, vel filiis tutores dederit, etiā posthumę videatur dedisse, quia filiæ appellatione etiā posthuma continetur *l.si quis filiabus* 5. *D.de test.tutel.* Nēpe quoniā hoc casu posthumi habentur pro natis *§.cum autem hoc ti.* vt & aliàs quoties de ipsorum cōmodo agitur *l.qui in vtero* 7. *l.* 26. *de stat.homin.* Quid enim posthumo vtilius esse potest, quàm vt cùm nascetur reperiens se sine patre, reperiat saltem aliquem qui patris loco esse queat? Quamquam ex ipsa etiā nominis proprietate verū est, filiæ nomē in posthumā quoq; cadere, tametsi non similiter nomē posthumę cadat in eā quę in rebus humanis iā sit *l.nomen filiarum* 164. *de ver. sign.* Sed tamen aliquid speciale esse ob fauorē tutelæ ex eo intelligimus, quòd si de legato filiabus relicto ageretur, non aliter dicendū esset videri patrem in filiarū legato de posthuma quoque sensisse quàm si aliqua parte testamēti mētionem posthumæ fecisset *l.qui filiabus* 17. *in prin.de legat.*1. At quāuis pater qui filiabus tutores dedit nulla testamenti parte fecerit mentionē posthumæ, non eo minùs tamen posthumæ quoque tutorē dedisse videbitur. Ea nimirū ratione, quę à nobis proximè allata est, quòd posthumorū omniū intersit ita ius cōstitui, vtq; hac parte nulla differētia sit inter posthumos & filios iā natos. Quid si nepotes sint? An appellatione filiorū cōprehendentur nepotes, vt iis quoq; tutor datus esse videatur? Et magis est, vt ipsis quoque datus videatur, si modò liberos pater dixit: non etiā si filios. Aliter enim filij, aliter nepotes appellātur *l.quid si nepotes* 6. *eo.ti.de test.tute.* quāuis nec nouū sit, vt filiorū appellatione etiā nepotes cōtineātur, & generaliter omnes qui ex nobis descēdūt, quia nō dulciore quàm filij nomine possumus nepotes nostros appellare, cùm idcirco filios filiásve & cōcipiamus, & edamus, vt ex eorū earúmve prole diuturnitatis memoriā nobis in æuū reliquamus, vt elegāter tractat Callistratus in *l. liberorū* 220. *De ver.sign.* quò etiā pertinet *l fil'ij* 84. *l.iusta interpretatione* 201. *eod.tit.* vbi addit Iulianus similiter patris nomine auū quoque interdū demōstrari, vt & in *l.patri* 20. *D.ad leg.Iul.de adult.* patres dixit Pap. pro parentibus omnibus, qui sunt suprà patrē. Sic & Senatusf. Macedonianū quamuis de filiisfamilias dūtaxat locutū ad nepotes quoque extēditur *l.si filius* 6. *C.ad SC.Mace.* ex rationis scilicet idētitate: itéque senatusconsultum illud quo cautū est ne tutor pupillā, vel filio suo, vel sibi nuptū collocet, de quo in *l.senatuscōsulto* 59. *de rit.nupt.* Sed & in testamentis eadem ratio voluntatis plerūque facit, vt qui de filiis tātùm locutus est, de nepotibus quoque sensisse intelligatur, vt in *l.vxorē* 41. *§.concubine de leg.*3. Cur ergo in tutela aliud respōdemus, vt tutela filiis data ad nepotes nō protrahatur? Præsertim cùm tutela fauorabilissima sit, & qua vix aliud quicquā fauorabilius? Ratio alia quęrēda nō est, quàm quę suprà iā à nobis allata fuit ex Vlp.

L.si quis filiabus. 5. *D. de testam. tutel.*
§.cùm autē hoc tit.
L.nomen filiarum 164. *de verb. signific.*
l. qui filiabus 17. *in princ.de legat.*
l. quid si nepotes 6. *De testa. tutel.*
l.liberorum 220. *de ver. signific. l.filij* 84. *l.iusta interpretatione* 201. *eod. ti. l.patri* 20. *ad leg. Iul. de adult. l. si filius* 6. *C. ad SC. Mac.*
l.senatuscon sulto 59. *De rit.nupt.*
l. vxorē. 41. *§.concubine de legat.* 3.

Vlp. quod aliter filij, aliter nepotes appellētur. Quare enim de filiis tātùm locutus esset pater nō de liberis, si de tutore nepotibus quoque dādo cogitabat? Neque verò hæc sentētia impugnat vtilitatē nepotum qui non eo minùs tutorem sunt habituri à magistratu, adeóque tutiorem qui scilicet non sit dandus nisi cum inquisitione, vel cum satisdatione. Nec rursum tanta potestas quanta est tutoria, temerè concedi tanquam ex defuncti voluntate debet ei, qui pro se nō habeat apertā defuncti voluntatē. At nō potest dici aperta voluntas testatoris de tutore nepotibus dādo, cùm ille nec nepotes, nec liberos, sed filios tantùm nominauit: fatendúmq; est cùm appellatione filij nepotē quoque cōprehēdi dicimus non ex dictionis proprietate id fieri, sed per interpretationē, quę licèt iusta dicatur in *d.l.*102. *de verb. signific.* eius tamen inducendæ, nec æquitas, nec necessitas vlla est cùm de tutore nepotibus dando tractatur, Planè si posthumis generaliter tutores dati proponantur, tam filij posthumi quàm cæteri liberi, id est etiam nepotes dummodo tamen posthumi continebuntur *d.l. quid si nepotes in fin.* Quid ergo si posthumi quibus tutorem testator dederat nati sint eo viuo? Dubitandi causa est, quia non sunt isti verè posthumi, sed tantùm posthumorum loco *l.3.§.1.l.posthumorum* 13. *D. de iniust. rupt.* Sed tamē magis est, vt vtilis sit datio *l. si quis ita* 16. *§. vlt.* D. *de testam. tutel.* Cur enim patiatur, vt tutela ritè ab initio data ex causa felicioris euentus infirmetur? Quid si quis ita tutores dederit, *Filiis meis tutorem do.* In ea condicione est, vt tam filiabus quàm filiis dedisse videatur *d.l* 16. Filiorum siquidem appellatione etiā filiæ continentur quamuis non similiter è contrario filiarum nomine etiam masculi comprehendantur. Id enim exemplo pessimum esset fœminino vocabulo masculos contineri *l. si ita sit scriptum* 45. *de legat.* 2. *l. seruis legatis* 81. *de legat.* 3. Illud magis mirum est, quod sequitur in *d.l.*16. Si quis filio tutorem dederit, & plures filios habeat, omnibus filiis dedisse illum videri, ne alioqui nulli dedisse videatur, quod esset multò absurdius. Quamquam de hoc Pomponius dubitabat. Quòd si quis liberis tutores dederit, vel filiis & habeat quosdam apud hostes, etiam ipsis dedisse videbitur, si non aliud apertè probetur sensisse testatorem *d.l. si quis ita* 16. *§. vlt.* In eum nimirum casum quo filius ille ab hostibus redierit, Alioqui cùm reuera seruus sit, apud hostes manens, consequens est, vt tutorem habere non possit secundùm ea quæ diximus illat. 15. Planè si quis cùm ignoraret se filium Titium habere, filiis etiam addito si voles *omnibus* tutores dederit, magis est, vt iis tàntùm dedisse videatur quos scit in potestate sua se habere non etiam huic quem ignorauit se habere. Licèt enim filiorum nomen ipsum quoque admittat, cùm tamen de ipso testator non senserit, absurdum esset ad eum protrahi dationē *d.l.*16. *§. si quis cùm ignoraret.* Nec enim voluntas cuiusquam vlla esse creditur circa id, quod ignorat *l. is qui vsumfructum* 20. D. *quib. mod. vsusfr. amitt.* Quod tamen diximus de tutore dato posthumis sic accipiēdum est, vt non aliter possit videri datus tutor quā posthumus natus fuerit, quia nec priùs vlla persona esse intelligitur, cuius tutor esse possit quandoquidem partus nondum editus, homo nondum est *l. in lege* 9. D. *ad leg. falcid.* ideóque si quid gesserit quamuis tanquam datus tutor, nec postea nascatur posthumus tutelæ actione teneri non potest, sed tantùm negotiorum gestorum si credimus Calistrato in *l. cum pater* 29. De *neg. gest.* & Vlp. *in l. si nemo* 19. *§. vltim. De testam. tut.* potiùs quàm Paulo qui neque hanc negotiorum gestorum actionem ei dandam putauit, sed tantùm vtilem & subsidiariam *l. pen. De tutel. & rat. distr.* vbi rationem reddit non ine-

Curtutor filiis datus nō intelligatur etiam datus nepotib us.

d. l. quid si nepotes 6. in fin.

l.3.§.1. l. posthumorū 13. D de iniust. rupt.

l. si quis ita 16. §. vlt. eo. tit. de testa. tutel.

l. si ita sit scriptum 45. de legat. 2. l. seruis legatis 81. de leg. 3.

d. l. si quis ita 16.

d. l. 16. §. si quis cùm ignoraret l. si nemo 19. §. vl. eo. l. cùm pater 29. de negot. gest.

l. pen. De tutel. & rat. distr.

legantem quod non possit videri tutor administrasse negotia eius qui numquã natus fuit: Prius enim personam aliquam esse necesse est quàm vt alterius negotia gesta dici possint. Ergo si partus editus fuerit, deinde hic tutor priusquã aliquid gereret remotus fuerit, idem erit dicendum, vt scilicet de iis quæ gessit ante natum posthumum non teneatur tutelæ, sed vel negotiorum gestorum secundum Vlp. & Calistr. vel vtili secũdum Paulum, quia nihil refert, quod ad hoc an posthumus nullus natus sit, an eo nato nihil tutor gesserit. Cęterùm si quid gessit post editum partũ, siue subinde remotus sit, siue non sit de eo quoque quod ante gessit tutelæ iudicio tenebitur, & omnis administratio veniet in hanc actionem *d.l. cùm pater & d.l. nemo* 19. *§. vlt. de test. tutel.*

ILLATIO XXXVII.

Tutores non ab herede, sed à testatore protinus & immediatè proficisci.

l. tutores 7. *D. de testa. tutel.*

TRigesimoseptimò ex eodem Principio fit quod Paulus scribit in *l. tutores* 7. *D. eod. tit. de testam. tutel.* tutores non ab herede, sed à testatore protinus, id est non statim quidem (expectanda enim est hereditatis aditio, vt datio tutorũ valeat) at immediatè proficisci simulátque aliquis heres extitisset. Cùm enim ex patriæ potestatis iure fiat, vt liberis suis tutorem dare pater possit, nec patriæ potestatis ius tale sit, vt transeat ad heredem, consequens est, vt non ab herede patris, sed à patre ipso tutelæ rectà & immediatè proficiscantur, scilicet ad differentiam fideicommissorum quæ pendent si non ex heredum fide, vt olim, saltem ex restitutione per heredem facienda, Itémque legatorum per damnationem quæ fideicommissis in eo simillima erant, quod ab heredibus quoque præstari ea oportebat, At non similiter legatorum per vindicationẽ, quorum quippe propria illa natura & condicio erat, vt ex eis dominiũ recta transferretur in legatarium à testatore numquam factum heredis *l. legatum* 80. *de legat.* 2. *l. à Titio* 64. *D. de furt.* Sed tamen inter tutelas & legata etiam per vindicationem differẽtia illa est quod omne legatum quamtumuis per vindicationem relictum nihil aliud est, quàm hereditatis delibatio per quam testator ex eo quod vniuersum heredis foret alicui quid collatum velit. *l. legatum* 116. *De legat.* 1. At tutela delibatio hereditatis nõ est, sed quædã potiùs prorogatio patriæ potestatis quæ alioqui patris morte finem acceptura esset. Nam etsi pater tutorem liberis suis non dedisset, non ideò tamen heres tutor esset, aut locupletiorem haberet hereditatem. Et ex hac differentia nascitur etiam illa, quod quamuis heredi à semetipso legatum dari non possit *d. l. legatum §.* 1. *l. & quidẽ totum* 18. *l. planè* 34. *§. si duobus de legat.* 1. ipse tamen heres tutor dari potest, vt subiungit & infert Paulus in *d. l. tutores*, quod vtique falsum esset si ab ipso herede tutela proficisceretur, aut ex hereditate delibaretur. Id enim addendum est, vt eam semper differentiam retineamus quam inter tutelas & legata vindicationis esse dicimus, quod non magis per vindicationem, quàm per damnationem heredi legari à semetipso potest, cùm tamẽ tutor ipse dari possit, quãuis nõ magis legatum per vindicationẽ quàm tutela ab herede proficiscatur, quod non omnino satis bene videtur obseruasse Cuiacius *lib.* 17. *obser. cap.* 38. Non tamen vsque adeò tutelæ abs testatore proficiscuntur, nõ ab herede quin expectandus sit heres, id est aditio hereditatis, vt tutelæ datio confirmetur. Si enim nemo hereditatem adierit, nihil prorsus valet ex iis quę testamento scripta sunt, nec tutelæ, quãtũuis fauorabiles sint, magis quàm res cęteræ *l. si nemo* 9. *eod.*

l. legatũ 80. *de leg.* 2. *l. à Titio* 64. *D. de furt.* *l. legatũ* 116. *de legat.* 1.

9.*eo*, quia tutelas cõſtat dari non poſſe, niſi in teſtamēto, teſtamētum verò ſine heredis inſtitutione valere nō poſſe, porrò heredis inſtitutionē corruere quoties effectum nullum habet, quem vtique nullum habet non adita hereditate: aditio namque hereditatis illa eſt, quæ confirmat inſtitutionem. Planè ſi vnus ex pluribus heredibus adierit, tutelæ ſtatim valent, nec expectandum eſt, vt omnes heredes adeant, quia vnum adiiſſe ſufficit, vt teſtamentum totū confirmetur, totáque defuncti voluntas rata conſtituatur *l. ſi patroni* 55. §. *qui fideicōmiſſam* D. *ad SC. Trebell.* cùm ex eo tēpore certum ſit non poſſe amplius teſtatorem fieri inteſtatum: Siquidem aliis coheredibus repudiantibus fiet neceſſariò, vt ei qui adiit adcreſcant omnes cæterorum portiones, eáque lege & condicione adire videtur qui primus adit pro ſua parte *l. ſi duo* 38. D. *de acq. hered.* Excepto caſu *l. cùm hereditate* 55. *eod. tit.* Ergo ſi à nullo ex heredibus adhuc ſit adita hereditas, ex cuius aditione tutor teſtamentarius ſperatur, alius tutor dandus erit, quaſi nondum ſit nec ſperetur. Idque verius eſſe ait Vlp. in *l. ſi hereditas* 10. *eod. tit. De teſtam. tutel.* Cur autem verius? Nempe quia dubitandi ratio illa erat, quod ab alio quàm à patre tutor ad tempus dari non poteſt, vt diximus illat. 13. hunc autem qui tempore iacētis hereditatis tutor datus eſt, non niſi ad tempus datum intelligi neceſſe eſt, cùm adita quandocumque hereditate futurum ſit vt tutor eſſe deſinat qui interim datus fuit, ne alioqui tutor, ſiue legitimus, ſiue datiuus teſtamentario præferatur, quod à iuris ratione & regula omnino abhorreret. Sanè legitimo tutori locum hîc nullum eſſe quandiu teſtamentarius ſperatur, conſtat ex *l. ſi quis ſub condicione* 11. *eod.* vbi ratio redditur, quia quandiu teſtamentariæ tutelæ locus eſſe aliquando poteſt, legitima ceſſat. Datiuæ igitur interim locus erit quemadmodum ſi pater ſub condicione, vel ex die tutorem dediſſet *d. l. ſi quis.* Idque ex legibus Atilia & Iulia & Titia induci neceſſe fuit, vt his caſibus & tutor pupillo dandus eſſet medio tempore ne interim periclitaretur carens tutore, & qui datus eſſet, poſtea tutor eſſe deſineret adita tandem hereditate, aut exiſtente die, vel condicione in quam pater tutorem dediſſet, vt ſcribit Iuſtinianus in *princip. tit. De Atilian. tutor.* Illa enim iuris ratio repugnabat, quod qui ſemel tutor factus eſſet, deſinere tutor eſſe poſtea numquam poſſet.

l. ſi nemo 9. *D. de teſt. tutel.*

l. ſi patroni 55. §. *qui fideicommiſſam D. ad SC. Trebell.*

l. ſi duo 38. *l. cùm hereditate* 55. *D. acquir. hered.*

l. ſi hereditas 10. *D. de teſta. tutel.*

l. ſi quis ſub condicione 11. *eod.*

Tit. de Atti. tutor.

ILLATIO XXXVIII.

De ſpectanda in tutelis teſtamentariis condicione non leuiſſima, ſed nouiſſima.

TRigeſimooctauò ex eodē Principio fit, vt in tutoris datione ſi ſub variis condicionibus facta ſit, non leuiſſima condicio ſpectanda ſit, vt in libertatibus directis, ſed nouiſſima, vt in legatis *l. tutor datus* 8. §. *in tutoris* D. *eod. tit. De teſtam. tutel.* iunct. *l. leuiſſima* 35. *l. quod traditum* 87. *cum duab. ſeqq.* De *cond. & demonſtrat.* Cùm enim tutor teſtamentarius non alio iure vim iſtam & poteſtatem habeat in caput pupilli, quàm quòd habeat pro ſe volūtatem patris, qui cum patriæ ſuæ poteſtatis vicarium eligere voluerit, certum eſt defuncti voluntatem aliam nullam eſſe quàm quæ ſit ſuprema *l. cùm hic ſtatus* 32. §. *pœnitentiam* D. *de donat. int. vir. & vxor. l. ſi mihi* 12. §. *vltim. de legat.* 1. *l.* 4. D. *de admin. legat.* Ideóque & in fideicommiſſariis libertatibus idem eſſe placuit, vt in iis non leuiſſima, ſed nouiſſima ſcriptura condicióque ſpectetur *l. per fideicommiſſum* 90. *De condic. & demonſtr.* vbi ratio redditur, quia poſterior voluntas potior haberi debet. Solæ libertates directæ alio iure cenſentur, vt in iis nō

l. tutor datus 8. §. *in tutoris D. de teſt. tut. l. leuiſſima* 35. *l. quod traditum* 87. *cū ſeqq. De condic. & demonſt.*

l. ſi mihi 12. §. *vlt. de leg.* 1. *l.* 4. *de admin. legat.*

l. per fideicō miſſum 90. *de condi. & demonſtr.*

d. in libertatibus 5. D. de manum. test. l. 1. eod.

Ratio differentiæ inter tutelas & directas libertates, itémque inter directas libertates & fideicommissarias.

l. sub diuersis 51. D. de condic. & demonstr.

l. cùm ita datur 94. in princ. & §. 1. eod. tit.

d. l. si hereditas 10. §. 1. de testam. tutel.

nouissimam, sed leuissimam condicionem spectari oporteat *l. in libertatibus 5. D. de manum. testam.* id est eam quæ faciliùs perducenda sit ad libertatem *l. 1. eod. l. leuissima 55. De condic. & demonstr.* Idque non tantùm fauore libertatis (alioqui non aliud in fideicommissariis quæ libertates æquè sunt, obtineret) sed etiã illa potissimùm ratione, quòd libertates directæ à testatore ipso rectà proficiscantur, nec valde distent ab iis, quas dominus dat inter viuos, qui sicut poterat viuus manumittere, ita & condicionem leuissimam adscribendo, quam postea non sustulerit, licèt aliam adscripserit, libertatem certa lege & cõdicione datam voluerit competere seruo. Et inde nimirũ dubitandi ratio nascebatur, propter quã in tutelis quoque leuissimã condicionem spectandam esse videretur, non minùs quàm in libertatibus directis, cùm non minùs quàm libertates directæ ab ipso testatore rectà proficiscantur, vt proxima illatione dicebamus. Sed in libertatibus directis iunctus fauor libertatis facit, vt melioris cõdicionis esse debeant hac parte, quàm tutelæ ne alioqui longior mora fiat libertati, quæ non fit longior tutelæ, siquidem medio tempore alius pupillo tutor datur, dum nouissima condicio expectatur, etiam quæ tardiùs extitura sit. Dices, Cur non ergo in libertatibus fideicommissariis fauor libertatis idem ius extorsit? Respondeo quia libertas fideicommissaria non aliter potest obtingere quàm si ab herede præstetur eo modo quo testator voluit, id autẽ solũ testator voluisse intelligitur, quod nouissimum scripsit. At vt obtingat ex testamento directa libertas, sufficit datam esse à testatore, siue purè, siue sub ea condicione quæ extiterit, licèt alia posterior condicio adscripta sit, quia poterat ipse & purè & inter viuos libertatem dare: Pluribúsque adscriptis condicionibus videtur testator electionem seruo dedisse, vt eligeret, quænã sibi leuior videretur *l. sub diuersis 51. De condic. & demonstr.* Cur enim electionem heredi datam diceremus cuius nullo facto opus est, vt competat directa libertas? Aut cur eam interpretationem capere debeamus, vt testatorem pœnituerit adscriptæ leuioris condicionis? Quamquam non valde laborandum puto, vt iuris rationem aliquam inquiramus in iis quæ iure cõstituto inducta sunt, vt & alia pleraque fauore libertatis, vt in *l. cùm ita datur 94. in princip. §. 1. eod. tit. De condic. & demonstr.* Quod ad tutelas verò pertinet, scilicet testamentarias, semper id sequimur, quod nouissimum est, & si sæpius tutor datus sit, siue idem, siue alius perpetuò id obseruandum est, vt nouissimam scripturam intueamur, quod & idem Vlp. scribit in *d. l. si hereditas 10. §. 1. eod. tit. De test. tutel.*

ILLATIO XXXIX.

De illo qui filium & ex filio nepotem habens, nepoti tutorem dedit.

d. l. si hereditas §. qui filium.

l. Gallus 29. §. nunc de lege & seqq. De liber. & posthum.

TRigesimononò ex eodem Principio pendet quod idem Vlp. scribit in *d. l. si hereditas 10. §. qui filium*, vbi tractat de illo qui cùm & filium & ex filio nepotem haberet, nepoti tutorem dedit, & quærit an aliquo casu non sit vtilis datio, vt puta si proponas filium viuo patre decessisse, & nepotem ex eo in locum eius successisse viuo auo. Cõcludit autem sicuti testamentum hoc lege Iunia Vellea confirmatur ne per nepotem succedendo rumpatur, si modò nepos ille nominatim, vel institutus fuerit, vel exheredatus *l. Gallus 29. §. nunc de lege & seqq. D. de liber. & posth.* ita & consequenter tutelam quoque confirma-

firmatam esse. Immò & fortiùs hoc dicendum esse, Non quod ex iuris ratione fieri vllo casu possit vt valeant tutelæ testamento datæ si non valeat testamentum, Sed quia quemadmodum corruente testamento tutelæ corruunt cæteráque omnia testamento relicta, Ita è contrario ac multò fauorabilius dicendũ est confirmato testamento sicut cætera omnia, quæ testamento continentur, ita & tutelas confirmari: Nempe quod ex eiusdem legis potestate & autoritate vtrumque fiat, vt paterfamilias & bonorum suorum successorem eligere possit, & vicarium suæ potestatis. Ex lege nimirum 12. tab. quæ ita locuta est *vti legassit suæ rei ita ius esto. l. verbis legis 120. De verb. signific.* aut vt alij referunt *vti super sua re pecuniáve legassit.* Rei enim nomen generalius est quàm pecuniæ, vt non tantum bona comprehendat, sed etiam patriam potestatem, quæ nihil cum bonis commune habet *d. l. impuberi 40. De admin. & peric. tutor.* Neque verò dici posset lege 12. tab. confirmatas fuisse tutelas, si ea lex de bonis tantum patrisfamilias locuta esset non etiam generaliter de re ipsius, id est de iis omnibus quæ ad patremfamilias pertinerent, & quibus legem dare ipse voluisset. Quid verò lege illa Iunia Vellea factum sit, & quomodo confirmata testamenta ne per eum qui in sui heredis locum succederet rumperentur, ad alium tractatum pertinet, fuítque à nobis fusissimè disputatum *lib. 10. Coniect.* Itaque hîc non repetimus.

l. verbis legis 120. de verb. signif.

d. l impuberi 40. D. de admin. & peric. tutor.

ILLATIO XL.

De furioso tutore dato purè in testamento.

QVadragesimò ex eodem Principio nostro inferebat olim Proculus, si furiosus testamento tutor purè datus esset, non posse valere dationẽ. Quomodo enim tueri alium possit is qui seipsum nequeat, quíque ideò indigeat ipse curatore? Planè si poneres furiosum tutorem datum esse sub ea condicione *si furere desiisset* aut quod effectu idem est *cùm furere desiisset* non negabat Proculus valere dationem, quippe cuius effectus iusta & necessaria condicione suspenderetur *d. l. si hereditas 10. §. si furiosus De testam. tut.* Idque & nos scripsimus *illat. 20. supr.* Vlpianus tamen in *d. §. si furiosus*, Proculi sententiam improbat, & verius esse ait quod Pomponio placuit furiosum rectè tutorem dari etiam purè, non vt statim tutor sit, sed tum demum cùm furere desierit ac sapere cœperit. Nec enim nouum est vt tacitè subintelligatur condicio quam ex necessitate inesse oportet, vt valeat actus qui alioquin non valeret. *l. 2. §. qui ita D. de eo quod cert. loc. l. continuus 137. §. cùm ita D. de verb. obligat.* Idem verò in testamentariis tutelis obseruari tantò conuenientius est quanto sunt illæ aliis plerisque rebus fauorabiliores vt suprà diximus.

d. l. si hereditas §. si furiosus de testam. tutel.

l. 2. §. qui ita D. de eo quod cert. loc. l. continuus 137. §. cùm ita De verb. oblig.

ILLATIO XLI.

De seruo alieno tutore dato purè.

QVadragesimaprima illatio est finitima superiori ex *ead. l. si hereditas §. vlt. eod. tit. De testam. tutel.* vbi scribit Vlpianus seruum alienum non modò tutorem dari posse sub ea condicione *si liber erit*, sed etiam si purè datus fuerit videri datum sub tacita ea condicione *cùm liber erit*. Certum quippe est les-

d. l. si hereditas §. vlt.

uum quandiu seruus manet non magis posse capacem esse tutelæ quàm cæterorum omnium quæ sunt iuris ciuilis, Immo tanto minùs, quòd cùm tutela sit vis & potestas in caput liberum, esset perabsurdum eam vim & potestatem in liberum hominem, & ciuem romanum dari seruo. Illud tamen difficile est, quod ibidem sequitur apud Vlpianum, posse & extraneo seruo tutori dato defendi ex hac causa fideicommissariam libertatem, si testatoris voluntas nō apertissimè refragetur. Difficultas autem ex eo nascitur, quod ait Vlp. nihil interesse an suum quis seruum, an alienum tutorem scripserit, cùm, inquit, & pupilli & publicæ vtilitatis fauore adsumpta sit libertas in persona eius qui tutor scriptus est. Atqui constat libertatem quæ ex tutelæ datione inducitur ex persona eius serui qui fuit proprius testatoris non esse fideicommissariam sed directā, vt constat ex *§.1.infr. De testam.tutel.l.penult.C.de necess.hered.instit.* Et nos pluribus scripsimus *lib.6.Coniect.cap.*16. vbi etiam diximus de sententia & emendatione *l.etsi non adscripta* 9.*C.de fideicomm. libert.* qua niti solent qui in contrarium nonnisi fideicommissariam libertatem dant seruo. Sed de eo dicendū nobis erit paullò fusiùs *illat.seq.* Nunc monuisse sufficiat ratiocinationē Vlpiani in *d.§.vlt.* eo tantùm pertinere, vt siue proprium, siue alienum seruum quis tutorem dederit, hoc ipso libertatem ei dedisse videatur: sed eam nimirum quā dare potuit, directam scilicet seruo proprio, fideicommissariam autem alieno: non autem vtroque casu vel directam vel fideicommissariam.

§.1. infr. De testam.tut. l.pen. C. de necess.here. instit. l. etsi non adscripta 9. C. de fideic. libert. d.l.si heredi tas §.vlt.

ILLATIO XLII.

De seruo proprio tutore dato sine libertate.

QVadragesimasecunda illatio est, Eum qui liberis suis tutorem dat seruum proprium hoc ipso libertatē quoque ei adscripsisse videri, licèt de libertate nihil dixerit vt proxima illatione dicebamus, quia cū fieri nequeat vt seruus tutor sit seruus manens, alterutrum sanè admittendum necessariò est, vt vel tutela non valeat, vel competat libertas. *§.1.infr. De testam. tutel.* vbi quod magis est libertatem hanc directam esse interpretatur Iustinianus & in *l. pen. vers.cùm igitur C.de necess.hered.instit.* Nec inuita iurisprudentia vt parum prudenter criminatus est Iacob. Cuiac. sed ex vera meráque iuris ratione. Nam & iam olim idipsum Paulus scripserat in *l.quæro* 32.*§.vlt. D. de testam. tutel.* vbi cùm proponeretur Lucius Titius heredes instituisse filios suos pupillaris ætatis, eisque tutorem dedisse inter cæteros Lucium Erotem seruum suum cui non dederat libertatem, quíque eo tempore nondum annos vigintiquinque compleuerat, quærebatur an posset hic Eros libertatem sibi vindicare. Quam quæstionem palam est non posse incidere in aliam speciem libertatis quàm eius quæ sit directa. Sola enim illa est quæ vindicatur, non etiam fideicommissaria, quam & peti necesse est apud prætorem fideicommissarium, & præstari ab herede. Quæstioni autem locum faciebat apud Paulum, Non quod dubitari posset an ex datione tutelæ datio etiam libertatis adeóque directæ inferenda esset, quod vtique certissimi iuris erat, sed quia seruus non poterat in ea specie statim tutor esse cùm adhuc esset minor, Et consequenter nec statim libertas ei competere videbatur, cùm neque data esset neque per voluntatis interpretationem nisi ex causa tutelæ induceretur. Respondet tamen Paulus quoniam placet eum qui à domino tutor datus est hoc ipso libertatem quoq; meruisse

§.1. infr. De testam. tut. l. pen. vers. cùm igitur C.de necess. hered instit. l. quæro 32. §.vlt. D. de testa. tutel.

fuisse videri, hunc quoque de quo quæritur in eadem causa habendum esse & liberum quidem ab adita hereditate esse(nec enim ante aditam hereditatem cedit dies libertatum, quamuis directarum *l. nam cùm libertas* 8. iunct. *§. vlt. l. præced. D. quand. dies legat. ced. l. vnic. § libertatibus C. de caduc. tollend.*) at non nisi post legitimam ætatem fieri tutorem, eáque onerari, quia libertas non tanquã necessarium consequens debetur ob tutelam, sed tanquam necessarium antecedens, cùm priùs liberum eum esse necesse sit, quàm tutor esse possit. Et ideo nihil absurdi est dicere liberum eum statim esse & directò, quamuis tutor esse propter ætatis impedimentum nondum possit. Suauis verò hîc fuit vir doctissimus, cùm scripsit non alia ratione motum fuisse Paulum vt ita responderet quàm quod testator seruum suum Erotem sub nomine liberi hominis Luciũ appellasset: quasi hoc ipso cum liberi hominis nomine libertatem quoque ei dedisse intelligatur. Nec malè pereruditus & subtilis I.C. Hermannus Vulteius in suis ad Institutiones commentariis & ad supradictum Iustiniani locum hanc coniecturam ex ipsis Pauli verbis refellit, quæ expressim habent huic seruo libertatem verbis testamenti datam non fuisse. Nec subtilius est quod idẽ Cuiacius in secundis cogitationibus quæ & subtiliores & prudentiores esse debuerant, docuit, *lib.* 18. *obser. cap.* 5. seruum tutorem à domino suo datum electionem habere vtrum directam libertatem sibi vindicare velit an fideicommissariam petere. Nam si directa competit, quomodo fieri obsecro potest vt fideicommissaria debeatur? Implicat hoc manifestam contradictionem vt pluribus tractauimus *lib. 6. Coniect. cap.* 16. vnde & alia pleraque peti possunt ad hunc tractatum pertinentia. Addemus tamen quantum necesse erit vt Vulteio qui non minùs nostram quàm Cuiacij coniecturam improbat, satisfaciamus. Non enim potest ille probare quod nos primi docuimus *dict. cap. 16. in l. etsi non adscripta 9. C. de fideic. libert.* tollenda esse ea verba *per fideicommissum* quæ sola quæstionem hanc inuexerunt, & imperito alicui glossographo adscribenda. Mouetur autem ex eo primùm, quod non nisi per diuinationem vanámq; coniecturam videatur dici posse quod nos volumus, Imperatores in ea lege non minùs quàm Iustinianum directam libertatem dedisse seruo proprio tutori scripto. At nos idipsum probamus ex ipsis verbis Imperatorum in eadem lege. Sic enim scribunt *receptum est tamen & libertatis & pupillorum fauore vt manumisisse eum videatur.* Quibus enim verbis apertioribus poterant exprimere de libertate directa se sentire non de fideicommissaria? An enim manumittere testator ipse dicitur, qui non dat nisi fideicommissariam libertatem? An non heres ipse est qui hoc casu manumittit, quamuis ita faciat ex iussu & præcepto testatoris? *l. qui ex causa 29. D. de bon. libert.* At inquies, non ita simpliciter Imperatores rescripserunt, testatorem hoc casu seruum manumisisse videri, sed additis iis verbis *per fideicommissum* quæ nos tollimus. Et ob id nimirum inquam nos ea tollimus, quia implicat contradictionem vt testator & manumisisse videatur, & per fideicommissum. Qui enim à testatore ipso manumissus est, is neque indiget vt ab herede manumittatur, nec, etiamsi velit ab eo beneficium hoc consequi, tamen id fieri potest, non magis quàm vt is qui iam liber est, magis liber fiat. Etsi namque is cui testator directã libertatẽ dat, non vsque adeò ab ipso testatore manumittitur vt statim & viuo adhuc testatore libertatem consequatur, at nec vt eo mortuo priusquàm adita sit hereditas ab herede. Tamen ex ipso instanti aditæ hereditatis id est ex quo heres

Dies libertatis etiam directa non cedit nisi ab adita hereditate.

l. etsi non adscripta 9. C. de fideic. libert.

l. qui ex causa 29. D de bon. libert. Emendatio d. l. etsi non adscripta.

institutus fit heres quod contingit per aditionem seruus hic fit liber ac proinde talis qui ab ipso herede manumitti amplius numquam potest. Non enim manumittere posset nisi factus iam heres ne alioqui manumissio à non domino facta videretur. Tam citò autem seruus cui directa libertas data est fit liber, quàm ille heres. Quid verò interpretem fefellerit vt adderet ea verba *per fideicommissum*, explicauimus & coniecimus non insubtiliter ex eo quod in secunda legis parte scriptum est *æquè fideicommissariam libertatem datam*. Putauit enim malus interpres eum legis sensum esse vt vtróque casu siue proprium, siue alienum seruum quis tutorem scripserit æquè libertas fideicommissaria data esse videatur, Cùm tamen id duntaxat Impp. sibi velint, vt vtroque casu ex datione tutelæ perinde inferatur datio libertatis sed cum hac tamen differentia quod in seruo proprio libertas directa est, in alieno fideicommissaria. Perinde acsi scriptum esset, quod proculdubio fuisset aptius & apertius, si non suum proprium sed alienum seruum quis condicionem eius sciens tutorem adscripserit æquè libertatem ei datam, sed tamen non nisi fideicommissariam. Eodem prorsus sensu quo Vlp. in *d. l. si hereditas §. vlt.* scribit nihil referre an proprio seruo an alieno tutelam quis dederit, nimirum quod ad hoc vt libertatem quoque ipsi datam interpretemur, sed non vt eiusdem generis libertatem. Vno enim casu directa est, altero fideicommissaria. Quod verò præterea Vulteius obiicit sententiam nostram à sententia Imperatorum alienam esse ex eo, quod secundum nos directa libertas ea sit, quæ competit ipso iure, Imperatores verò scribant receptum esse fauore libertatis & pupillorum vt etiã qui proprium seruum tutorem liberis suis dedit eum manumisisse videatur: facillimè dilui potest, Etsi video hanc vnam rationem esse quæ doctissimum virum mouit, &, ni fallor, fefellit. Ita enim locuti sunt Impp. & loqui debuerunt vt significarent ius hoc non ex mera iuris ratione proficisci, quæ potiùs suadebat, vt tutela quæ data esset sine libertate nullius esset momenti, sicut & facta institutio serui proprij sine libertate, *d. l. penult. C. de necess. hered. instit.* sed prudentum autoritate receptum esse fauore libertatis & pupillorum. Libertatis verò non vti ne prorsus impediretur, vt vult ille (quid enim attinet tractare de impedienda vel non impedienda libertate quæ nullomodo fuerit adscripta?) sed vt cõpeteret, perinde acsi tutor esse iussus, liber quoque iussus esse fuisset. Pupillorum autem, non vt amisso iure dominij retineant saltem ius patronatus, vt idem ille sibi fingit ad commutandam directam libertatem in fideicommissariam, sed vt testamentarium tutorem habeant quem pater eis dederit, & elegerit potiùs quàm legitimum, vel datiuum. Idque Iustinianus ipse nõ obscurè innuit in *d. l. pen.* cùm ait patrem ex ipsa tutelæ datione præsumi etiam libertatem ei fauore pupillorum imposuisse: vt intelligamus fauorem pupillorum in eo esse, non vt fideicommissaria libertas data videatur potiùs quàm directa, sed vt libertas quæ testamenti verbis omissa fuit pro adscripta habeatur, quam tamen si cum tutela esset adscripta, nemo directam esse negaret, nec enim credibile est patrem qui directis verbis tutelam adscripsit, quique iisdem directis verbis vti potuit ad dandam libertatem, precariis in eam rem vsurum fuisse. Cæterum quamuis & libertatis & pupillorum fauor ius hoc ab ipsa iurisprudentia pene inuita extorserit, non eo tamen minùs verum est libertatem hanc ipso iure competere & consequenter directã. Hoc enim ipsum est quod & libertatis & pupillorum fauor extorsit vt libertas hæc competat ipso iure.

d. l. si heredi tas §. vlt. D. de testa. tutel.

d. l. pen. C. de necess. hered. instit.

Sicut

Sicut & hodie fatentur omnes post supradictam Iustiniani constitutionem in *d.l.pen.* directā libertatem cōpetere & ipso iure seruo heredi scripto etiā sine libertate, nec tamen quisquam dixerit fieri hoc ex ratione iuris, cùm ante Iustinianum nemo ex prudentibus id vnquā admiserit, & Iustinianus apertè profiteatur ita se constituere fauore libertatis, Sanè quod Vulteius concludit veteres illos prudentes in hac quæstione dissensisse nullomodo probabile est, vt ex supradictis locis cōstat præsertim ex postremis verbis *d.l.etsi*, non adscripta *prudentibus placuit* Sed illud multominùs, quod idem addit Iustinianum in *d. §.1. De testam tutel.* non tam adfirmare, quàm tentare vt directa detur, quod ei sententia illa magis arrideret, ideóque referre eam voluisse in Institutionum libros, in quibus inquit summæ tantùm regulæ iuris ponuntur, sed reipsa tamē secutum esse contrariam sententiam Impp. Quasi verò quod scriptum est in *d.§.1.* idipsum ab eodem Iustiniano scriptum etiam non sit in *d.l.pen.C.de necess.hered.instit.* ad quem locum miror Vulteium non aduertisse: præsertim cùm scripta nostra refelleret in quibus non fuit ea lex prætermissa. Atqui, inquit, non dicit Iustinianus seruum proprium tutorem scriptum directâ libertatē accepisse, sed tantùm accepisse videri, Nimirum quia verum est non fuisse adscriptam libertatem, sed tantùm per interpretationem iuris & voluntatis haberi pro adscripta. Sed non erit bona consecutio si ex eo inferas intelligi ad scriptam per fideicommissum, cùm inducatur ex interpretatione verborum directorum quibus tutela data fuerit, cúmque nec fieri possit vt pupillus præstet fideicommissariam libertatēm, propter impedimentum scilicet legis Aeliæ Sentiæ, vt & Vulteius fatetur. Verùm de his iam satis. Quamquam non potuimus breuiùs, ne coniecturam nostram in re nondum à quoquam bene explicata vltrò & sine ratione improbari pateremur, Illud tantùm addendum est quod superioribus fit consequens, si quis tutorem dederit filio suo seruū quē putabat liberum esse, eum seruum neq; tutorem, neque liberum fore *l.si quis tutorem 22. De test.tutel.* Cessat enim hoc casu ratio illa voluntatis ex qua fieri diximus, vt qui tutelam seruo adscripsit, eidem libertatem quoque adscripsisse præsumatur.

§.1 *infr. De test.tutel.*

L.si quis tutorem 22.D. eod. tit. De testa. tutel.

ILLATIO XLIII.

De tutore incerto.

QVadragesimotertiò ex eodem Principio infertur tutorem incertum dari non posse. *l.tutor incertus 20.eod.tit.De test.tutel.* Quomodo enim potest videri certum iudicium patris & prudens, in re tanti momenti, quanti & potestatis suæ vicarium constituere, & homini priuato vim & potestatem dare in caput liberum ciuis romani, si tutorem incertum dederit pater? Sed & in cæteris omnibus quæ ad causam testamentorum & vltimarum voluntatū pertinent, certum debet esse iudicium & consilium testantis, vel ob hoc ipsum quod quisquis testatur facit legem, ita permittente lege duodecim tabularum, Legem autem aliquam sine certo iudicio & consilio fieri numquam oportet. Indéque erat olim quod in personam incertam neque institutio heredis neq; legatum conferri poterat *§.incertis 24.infr.de legat.* & apud Vlp. in instit. Sed nec sufficit certum fuisse iudicium testantis, si quale illud fuerit omnino nesciatur, vel sit incertum. Vt puta si cùm duo essent Titij pater, & filius testator dederit Titium tutorem. Quamuis enim testator ipse non ignorauerit de quo

L. tutor incertus 20. eod.tit.

§.incertis inf.de legat.

senserit, si tamen id non appareat neuter erit tutor, non quia ius deficiat, quomodo deficeret si tutorem incertum pater dedisset, puta Eum qui primus Capitolium ascenderet, vel, qui anno sequenti Consul factus esset, sed quia deficit probatio, nec certò sciri potest quænam sit certa illa persona de qua sensit testator. *l. duo sunt Titij 30. De testam. tutel.* Idémque est si quis heredem ita instituerit, vt non appareat quis institutus sit. Institutio enim non valet, vtputa si testator complures amicos eodem nomine habens ad designationem hominis singulari nomine vtatur *l. in tempus 62. §. 1. D. de hered. instit.* vbi lego *hominis* non *nominis*. Exceptio tamen subiicienda est quæ ibidem ponitur, Nisi ex aliis apertissimis probationibus fuerit reuelatũ pro qua persona testator senserit. Hæc enim sunt legis verba, quamuis tam parum elegantia, vt quod alio loco monuimus, Tribonianum magis quàm Modestinum sapere videantur. Diuersus tractatus est apud Africanum in *l. tutor ita 23. eod. tit. De testam. tutel.* de tutore ita dato *Illi aut illi filijs meis vtri eorum volet Titius tutor esto*, quam tutoris dandi formam valere negat ibi Africanus, Ratione illa quod si constituere Titius nolit vtri ex filiis tutor esse velit, futurum sit vt non possit dici cui tutor datus fuerit. Quamuis subiiciat ita rectè tutorem dari *Titius si volet*, nempe quia hoc posteriore casu etiamsi Titius voluntatem suam non declaret, ideóque nec tutor sit quasi sub ea condicione datus, certum tamen est & quem & cui pater tutorem dederit. Itaque nullum in ea re vicium est patris, aut dationis tutelæ. Sed superiore casu nolente Titio constituere vtri tutor esse velit, non solùm deficit condicio tutelæ, quæ res sola non faceret vt ab initio malè ac perperam tutela data videretur, sed etiam dici non potest cui pater tutorem dederit. Ergo nec potest datio valere, quia licèt possit in tutoris dati potestate esse an tutor esse velit, in eius tamen arbitrio illud ipsum esse non debet, an datus sit. An quòd ea voluntas patris tutorem dantis captatoria sit, vtpote quæ conferatur in secretum alienæ voluntatis? *l. captatorias 70. D. de hered. instit.* Ita vulgo putant sed malè vt scribemus in Chiliade *De error. pragm.* At quia non minùs tutelis quàm cæteris vltimis voluntatibus omnibus commune illud est vt earum iura, præsertim verò testamentorum ipsa per se firma esse oporteat, non ex alieno arbitrio, pendêre *l. illa institutio 32. in princip. eod. tit. de hered. instit.*

l. duo sunt Titij 30. D. de test. tut.
l. in tempus 62. §. 1. D. de hered. instit.
Tribonianismus.
l. tutor ita 23. eod. tit. De testam. tutel.
l. illa institutio 32. D. de hered. instit.

ILLATIO XLIV.

De prætore vel Consule tutore dato.

QVadragesimoquartò ex eodem Principio infertur testamento quemlibet tutorem dari posse siue is prætor siue consul sit, quia lex 12. tab. id cõfirmat *d. l. tutor incertus 20. §. 1. De testam. tutel.* Cùm enim per tutelæ dationem nihil aliud agatur, nisi vt patris vice sit qui tutor fiet, apparet non magis in ea re magistratum obesse quàm vt qui prætor vel consul est sit etiam pater, cùm vel ob hoc ipsum quod magistratus est tantò plus autoritatis habiturus sit ad pupillum tuendum. Adde quòd nec minùs tutela publici iuris est, quàm sint ipsi magistratus cùm & ex legibus sit, & ad publicam autoritatem comparata.

d. l. tutor incertus 20. §. 1. de test. tut.

ILLA-

ILLATIO XLV.

De tutore non alio dando quàm cum quo testamenti factio est.

QVadragesimoquintò ex eodem Principio fit, vt testamento tutores ii demùm dari possint cum quibus testamenti factio est *l. testamento 21. eod. tit.* Illa namque vis & potestas in caput liberum quæ per tutelam confertur non ab homine priuato dari potest, sed à iure ciuili duntaxat vt Principium nostrũ habet. Ius autem ciuile non aliter patitur dari eam à priuato quàm si testamento detur, quoniam sola testamenta legis 12. tab. potestate vim legis obtinent. Consequens igitur est vt inter cætera testamenti factionem passiuam habere debeat, quisquis testamento tutor datur. Nec aliud est in legitimis tutoribus & datiuis, cùm hi quoque non tantùm in subsidium, sed etiam ad exemplum testamentariorum dentur, lege scilicet ac magistratu boni patris vicem & officium exequente supplendo defuncti nomine quod ille facere debuit, nec tamen facere amplius possit. Itaque non poterit à lege vel à magistratu dari tutor is qui à patre non potuisset.

l. testamento 21. eo. tit.

ILLATIO XLVI.

De pupillo plures habente tutores quorum alicui litigandum sit cum pupillo.

QVadragesimosextò ex eodem Principio fit, vt si plures sint tutores & cũ aliquo ex iis litem à pupillo institui vel suscipi sit necesse, superuacuum futurum sit posci à prætore curatorem in litem, quandoquidem altero etiam autore cum altero agi potest *l. si plures 24. eod. tit. de testam. tutel.* Tutela enim sicut iuris ita & indiuidua est, vt suprà diximus, quamuis tutelæ administratio quæ non iuris sed iurisdictionis est diuidi possit *l. inter tutores 36. D. de admin. tutor.* Tantúmque prodest autoritas vnius tutoris ad litem pupilli nomine tractandam, quantum omnium simul, dummodo habeat ille administrationem tutelæ *l. 4. D. de autor. & consens. tutor. l. si tutor 9. §. & generaliter D. de tutel. & ration. distr. l. 1. C. de in lit. dand. tutor. vel curat.* Atqui nihil frustrà prætor facere debet sicut nec quicquam frustrà lex facit, cuius ille viua vox & minister est, quemadmodum & lex ministra est naturæ, natura etiam Dei, cuius illud primum est, vt nihil vnquam frustra faciat, vel Aristotele ipso teste.

l. si plures 24. eod. tit.
l. inter tutores 36. D. de admin. tut.
L. 4. D. de autor. tutor. l. si tutor 9. §. & generaliter De tutel. & rat. distr. l. 1. C. de in lit. dand. tutor.

ILLATIO XLVII.

De vno tutore duobus pupillis dato.

QVadragesimoseptimò ex eodem Principio fit, quod Modestinus scribit in *l. duobus 25. eod. tit. De testam. tutel.* duobus pupillis tutorem datum etiamsi alterius tutela se excusare possit, alterius tamen tutorem manere, cùm sint res separatæ, id est tutelæ diuersæ. Nam si tutela nihil aliud est quàm vis & potestas in capite libero, consequens necessariò est vt vbi plura sunt capita pupillorum, non etiam si plura sint capita tutorum, plures sint tutelæ. Et ideo ab vna ad aliam inferri non potest nisi proponas eandem excusandi tutoris rationem ad vtramque tutelam pertinere. Tunc enim connexa ratio

l. duobus 25. D. de testa. tutel.

excusationis faceret vt vna species tutelæ alteri cohærere videretur, quæ res separationem impediret *arg.l.etiamsi 29.§.1.D.de minor.*

ILLATIO XLVIII.

De tutela per testamentum patris mandata matri & à magistratu confirmata.

QVadragesimooctauò ex eodem Principio fit vt si communium liberorũ tutelam quam testamento suo pater matri contra iuris rationem inutiliter mandauerat, præses prouinciæ imperitia lapsus confirmauerit, patrisque voluntatem sequendam esse decreuerit, non eo magis valitura sit illa siue datio, siue confirmatio tutelæ, nec eius præsidis successor decessoris sui sententiã sequi debeat quam leges nostræ non admittunt *l.iure nostro 26.eod.tit. De test. tutel.* Neque enim fieri potest vt quis hanc vim & potestatem in caput liberũ habeat nisi cui ius ciuile eam dederit, Ius autem ciuile non magis patitur vt matri, quàm vt alii vlli fœminæ potestas ea detur, quæ patriæ & consequenter virilis potestatis imago & portio quædam est. Nec magistratus autoritas contra leges præstita vllius momenti & ponderis esse debet in ea re quæ tota ex legibus pendet. Planè quin aliud hodie in proposita specie respondendum sit, nemo dubitat, postquam placuit Imperatoribus vt matres non solùm à patribus tutores dari possint, sed etiam à magistratibus *l.2.& vlt.C.quand. mul.tut. offic.fung.pot.de quo diximus illat.23.supr.*

l.iure nostro 26.eod.tit.

L.2.& vlt. C.quand. mul.tutel. offic fung. pot.

ILLATIO XLIX.

De tutore honorario.

QVadragesimononò ex eodem Principio fit, vt si quis ita tutor datus fuerit, siue à patre, siue à magistratu (à lege enim talis nullus datur) vt tamen bonorum administrationem non habeat, is non satis verè propriè & absolutè tutor dici possit, sed cum ea adiectione vt honorarius appelletur. Adeò vt nõ defuerint etiam olim qui dicerent ad istos periculum tutelæ non pertinere. Cur enim tutores dicantur vel esse videantur ij qui administrare res pupilli non possunt, nec consequenter pupillum tueri? Præsertim verò si addas interdictam iis administrationem. Nam & hoc interdum fit *l.quod si fortè 14.§.1.D. de solut.* Sed tamen placuit ad honorarios quoque non minùs quàm ad ceteros tutelæ periculum pertinere, Vt nimirum conueniri possint excussis priùs facultatibus eorum qui gesserunt. Dantur enim honorarij quasi obseruatores & custodes actus eius tutoris qui tutelam gerit, imputabitúrque eis quandoque cur si eum malè versari videbant, quamprimùm suspectum non fecerint *l.3. §.cæteri D.de admin.& peric.tutor.* vbi additur assiduè igitur & rationem ab eo exigere illos oportere, quod tamen de facti ratione intelligi debet, id est cur ita vel ita faciat, non de ratione tutelæ. Absurdum enim esset tutorem honorarium qui nihil gerere ipse possit, rationem tutelæ à contutoribus suis exigere si non ei testator mandauerit: quo tamen casu vix est vt hic cui testator hoc mandauit, honorarius tutor dici possit si Papiniano credimus in *d.l.iure nostro 26.§.honoris causa D.de test.tut.* Plus quã honorẽ enim à testatore habuit is qui hãc quoq; curã & hoc onus exigendarũ rationum à testatore ipso accepit. Nã nec aliã ob causam honorarij appellantur, quàm quòd honorẽ habeãt nõ onus.

l. quòd si fortè 14.§.1.D. de solut.

l.3.§. cæteri D. de adm. tutor.

l.iure nostro 26.§.honoris causa D. de test. tut.

Honor

Honor est habere vim & potestatem in caput liberum, sed onus tutelam administrare. Et ideò non est dubitandum quin tutores honorarii verè tutores sint hoc ipso quod honorarij sunt, nec consequenter mirandum, quod diximus, ad eos cùm verè tutores sint, tutelæ periculum pertinere.

ILLATIO L.

De confirmando tutore dato in testamento quod inofficiosum esse dicitur.

QVinquagesimò ex eodem Principio fit, vt quãuis testamẽtũ patris in quo tutorẽ dedit filio, siue exheredato, siue ex minore quàm legitima portione instituto, inofficiosum esse dicatur per querelã, quã proponere filius in eã rẽ velit, cũ ipsum tutorem confirmare prętor debeat quẽ pater dedit. Quãdiu enim testamentũ rescissum nõ est, sicut pro ipso pręsumi etiam in dubio oportet *l. si pars* 10. D. *de inoff. testa.* ita nihil causæ est cur à patris iudicio recedi debeat, curve in liberũ caput filij danda sit vis & potestas per prætorẽ alij, quàm cui pater ipse dedit *d. l. iure nostro 26. §. vl. De test. tute.* Quid ergo si postea testamentũ illud patris inofficiosum pronunciabitur? Vtiq; nõ magis poterit valere tutela quàm aliud quicquã ex iis quę in eo testamẽto relicta fuerint, quia cùm defuncti iudicia per querelam rescindãtur, tanquã hominis demẽtis & insani, nihil ex eo deberi potest, ne quidẽ ex iis, quæ alioquin relinqui possent ab intestato *l. 2. l. Titia 13. in fin.* De *inoff. testam.* Multò minùs ea quæ non nisi in testamento iusto & sollenni relinqui possunt cuiusmodi sunt tutelæ. Itaque euẽtus rei iudicatæ declarabit vtrum ex testamẽto patris an ex decreto prętoris tutor hic autoritatẽ acceperit, vt ait Pap. in *d. §. vlt.* Nã si iudicabitur pro testamẽto, ex eo testamẽto quoq; tutor fuisse videbitur, si verò pro filio apparebit ex prętoris tãtùm decreto tutorẽ fuisse qui ex testamẽto esse nõ potuit. Nec omnino dissimile est quod idẽ Pap. respõdit in *l. dominus 57. de vsufr.* circa vsumfructũ legati iure pręstitũ per acquisitionem proprietatis ex eo testamento quod tandẽ inofficiosum esse apparuit. Sequitur ex Tryphonino in *l. idem fiet 27. De test. tut.* idẽ fore si intestatũ decessisse patrẽ pupilli nomine defendatur falsúmve testamentũ eiusdem pupilli nomine dicatur, id est tutorem qui pupillo in eã rem dandus est, non aliũ quęrendũ esse, quàm qui à patre datus est eo ipso testamento: etiãsi patruus exter, qui legitimus heres futurus sit ab intestato. Nec enim tutorem habenti tutor dari potest: Hic verò pupillus iã habet tutorem eum scilicet quem pater dedit quandiu pronunciatum non est falsum esse testamẽtum, aut patrem alia ratione intestatum decessisse. Quæ ratio cùm sit iuris, nõ video quid necesse fuerit, aut cõueniẽs addere clausulã illã quę sequitur, *nã cõmodiùs ipse qui scriptura continetur à prætore dabitur, vt sine vllo litis præiudicio iustus tutor auctor pupillo ad eam litem fiat.* Quasi verò nõ sit hic tutor nisi ad eã litẽ, at ea finita desinat esse tutor, ac nõ potiùs semper maneat tutor, sed cũ hac tãtùm distinctione, vt si pro testamẽto iudicabitur sit tutor testamẽtarius, si verò contra testamentum sit datiuus, Quo casu euenturum est, vt cõtra iuris regulam tutor datiuus legitimo præferatur. Proinde ausim dicere totam illam clausulam Triboniani esse potiùs quàm Tryphonini, cuius elegãtiã sanè parũ sapit. At finge testamẽtariũ tutorẽ nullũ esse, patruum verò quem sibi tutorem legitimum esse pupillus contendebat criminari subiectum esse filiũ, atque ita legitimã defuncti hereditatẽ ad se pertinere. Alius tutor petẽdus erit quàm patruus, qui alioquin tãquã legitimus pupilli heres futurus, legitimus quoq; tutor

l. si pars 10. D. de inoff. testam.

d. l. iure nostro 26. §. vl. de test. tute.

l. 2. l. Titia 13. in fin. D. de inoff. test.

l. dominus 57. D. de vsufr.

l. idem fiet 27 D. de testam. tutel.

Tribonianismus apud Tryphoninum.

ei esset, Non enim potest pupillum defendere qui vult patris hereditatem ei auferre, nec vnquam ferendum est, vt tutor, siue pro se, siue cōtra se autoritatē pupillo præstare possit. Idque est meo iudicio quod sequitur in *d.l.idem fiet.* Huc etiam referri debet, quod scriptum est in *l.si pater 31.eod.tit.* Si exheredatæ filiæ tutores pater dederit, & testamentum eius ruptum dicatur nato posthumo, eosdem tamen tutores pupillæ dari ad petēdā intestati hereditatē. Etsi enim ex testamento quod ruptum fuit tutela salua esse nō potest, nō ideo tamē negligenda est voluntas patris quatenus filiæ suę bene prospexit, præsertim cùm testamentum quod rumpitur agnatione posthumi pręteriti non tam rumpatur defectu voluntatis quomodo rumpitur testamentum quod dicitur inofficiosum, quàm defectu sollennitatis.

l.si pater 31. eod.tit.

ILLATIO LI.

De honore tutelæ.

QVinquagesimoprimò ex hoc eodē Principio fit, vt qui tutor à testatore electus est sūmo honore affectus videri debeat, vtpote qui ea ratione substitutus sit velut vicarius in magnū illud ius patrię potestatis quod viuus pater habuit, atq; ita nactus vim & potestatē in caput liberū ciuis romani, qua re nihil maius & honorificētius in ciuitate romana dici potest. Vnde & honorarios tutores appellatos esse suprà diximus illat. 49. tāquā qui honoris tātùm nō etiā oneris gratia nominati fuerint. Indéq; est, quod si legato quoq; pręterea honoratus quis proponatur, nā & legatū honor est, & tutelā sibi testamento mādatā excusationis iure suscipere noluerit, à legatis quoq; omnibus, quæ ei relicta fuerint summouēdus est, ne scilicet minorē honorē retineat, qui maiorem sibi delatū aspernatus est *arg.l.cui pacto 5.De seru.expor.l.4.* D. *de senato.* Quinetiā si qua legata eius filiis relicta sunt, ab iis quoq; summoueri debet, si modò ea legata filij non adfectione propria, sed in honorē patris meruerunt, vt Pap. respondit in *l.qui tutelā 28.de test.tutel.* Perpetuū enim est, vt legatū etiam alij relictum ei datum videatur cuius contemplatione relictum fuit *l.si serui 21.& seq.* D. *de vsufr.l.sed si plures 10.§.in adrogato in fin.D.de vulg.& pupill subst. l.fideicommissa 11.§.plerumque & §.interdum de legat.3.l.filiofamilias 42.De condic.& demonstr.l.facta 63.§.si heres ante* D. *ad SC.Trebell.*

l.qui tutelā 28.D.de testam.tutel.

ILLATIO LII.

De tutore dato eo qui non nisi verbis fideicommissi manumissus sit.

QVinquasimosecundò ex eodem Principio fit, quod sequitur apud Papin. in *d.l.qui tutelam 28.§.1.* eum qui non nisi verbis fideicōmissi manumissus sit non iure tutorem testamento dari. Nempe quia seruus manet, quousq; libertatem consecutus fuerit per manumissionem, Quandiu autem seruus est, hanc vim & potestatem in caput liberum quam tutelam appellamus habere non potest. Cùm igitur tutela testamento data nō ab herede proficiscatur, sed protinus, id est immediatè à testatore *l.tutores 7.eod.tit.* in proposito autē casu libertas pręstanda sit ab herede, apparet tutelam iure datam videri non posse tanquam quę data fuerit si non prorsus sine libertate saltem ante libertatem. Sed tamen nō faciet ea res quin saltē post libertatē ab herede redditā vocetur hic ad tutelam ex voluntate testatoris, Cōfirmandus scilicet per prætorem, vt

d.qui tutelam.28.§.1.

& alij omnes qui minùs ritè rectéve testamento tutores dati proponuntur.

ILLATIO LIII.

De tutore per patronum dato impuberi liberto.

QVinquagesimotertiò ex eodem Principio fit vt impuberi liberto tutorem dare patronus non possit *d.l.qui tutelam §.vlt.* Quomodo enim alij mandare posset vim hanc & potestatem in caput liberum quam ipse numquam habuisset? At libertus reuera liber est & extra patroni potestatẽ, quamuis obsequium debeat patrono & reuerentiam. Tutorem ergo ei dare nõ potest. Sed tamen is quem dederit, confirmandus erit à prętore si fides inquisitionis cõgruat, vt Papin. loquitur, id est si facta inquisitione appareat nihil esse causę cur à patroni volũtate recedi oporteat. Inquisitio enim hoc casu necessaria est sicut & si à matre tutor datus esset, Nec omnimodo cogitur prętor sequi iudicium patroni, prærerquàm eo casu quo patruus heredem instituerit libertum impuberem qui alia bona nulla habeat, quàm quæ habuit à patrono, vt suprà diximus illat. 30. ex *l. si patronus* 4. D. *de confirm. tutor.*

d.l.qui tutelam §.vlt.

l. si patronus 4. D. de confirm. tutor.

ILLATIO LIV.

De eo qui seipsum in alterius testamento tutorem scripsit.

QVinquagesimoquartò ex eodem Principio fit, vt qui seipsum in alterius testamẽto tutorem pupillo scripsit hoc ipso suspectus videatur neque ex eo testamento tutor esse possit, Obstante scilicet sententia senatusconsulti Liboniani quamuis verba senatusconsulti non nisi de legatis & libertatibus locuta esse videantur *l. ex sententia* 29. *D. de testam tutel.* iunct. *l. si quis legatum* 6. *l. Diuus Claudius* D. *ad leg. Cornel. de fals.* Nec enim cuiquam permittendum fuit, vt talem tantámquam potestatem in caput liberum ciuis romani sibi adrogaret quãta est tutoris in pupillum, quam nec adfectare licet sine suspicione perfidiæ & improbitatis *l. vxori* 18. *§. 1. eod. tit.* *De fals.* Vbi tamen additur hunc ipsum de quo agimus qui se tutorem scripsit si idoneus esse adprobetur ex decreto tutorem dandum esse, adeò vt neque ipsius excusatio admittenda sit, si quam alioquin habeat iure publico quia testatoris voluntati consensisse, eique promisisse videatur. Quod & Papin. scribit in *d.l. ex sententia*, Vbi hoc amplius dicit Papinianus, Si patris voluntas hoc ipsum manu sua declarantis ambigua non esset, non solùm dandum fore hunc tutorẽ si alius tutor nõ esset, sed etiãsi alij tutores essent dandum curatorem, nec remoueri debere tãquam suspectũ. In quo obseruandum est temperamentum illud quod lex adhibet, ne vel senatusconsulti Liboniani autoritas, vel testatoris voluntas offendatur. Cùm enim ex sentẽtia senatuscõsulti tutor hic ex testamento esse prohibeatur, fieri nequit salua senatusconsulti autoritate, vt tutor sit testamentarius, aut vt tanquã talis à prętore confirmetur, Nec rursus, vt ex prætoris decreto tutor detur, vt in *d.l. vxori* 18. *§. 1. De fals.* cùm alij sũt tutores testamẽtarij, quia testamẽtaria tutela & legitimã excludit & multò magis datiuã: Illud igitur vnũ superest, vt à prætore curator dari debeat, & tutoribus adiici nę alioqui voluntas testatoris negligatur, cuius præcipua ratio habẽda est, cùm in cęteris omnibus, quę ad causã vltimarũ voluntatum pertinent, tùm maximè cùm agitur de tutela. Itaque si apud

l. ex sententia 29. D. de testa. tutel. l. si quis legatum 6. l. Diuus Claudius D. ad leg. Corn. de fals.

l. vxori 18. §. 1. eod. tit.

d. l. ex sententia.

d.l. vxori 18. §. 1. D. de fals.

Papinianum testator manu propria voluntatem suam non declarasset, nque tutor ex decreto pretoris dandus esset aliis tutoribus testamentariis existentibus, neque curator adiiciendus, quia nec voluntatis, nec necessitatis ratio eam sententiam vrgeret.

ILLATIO LV.

De tutoribus qui propter rerum notitiam dantur.

QVinquagesimoquintò ex eodem Principio fit vt tutor ęstimandus sit nō tam ex iure & facultate administrādi res pupillares quàm ex vi illa & potestate iure ciuili data in caput liberum pupilli, ad eum tuendum qui propter ætatē seipsum tueri non potest. Cui enim conuenit definitio eidē, vt philosophi dicunt etiam definitum conuenire necesse est. Itaque illos etiā tutores, qui propter rerum notiā dantur, id est non tam vt ipsi tutelam administrēt, quàm vt contutores administrantes instruant, certum est verè tutores esse, ideóq; & eis solui posse & administrationis periculum nō minùs ad eos, quàm ad alios, qui administrant pertinere *d.l. quæro 32. §.1.* D. *de testam. tutel. l. quod si fortè 14. §.1. & §. ei qui notitiæ* D. *de solut.* Siue ea quæ sciunt, aut scire debent ex vtilitate pupillorum dissimulauerint, siue fraudem aliquā adhibuerint, vel cum aliis participauerint, aut cùm suspectos facere deberent, vel in officio muneris, vel in debito obsequio cessauerint, quomodo loquitur *l.1.C. de peric. tutor.*

l. quæro 32. §.1. D. de testam. tutel. l. quòd si fortè 14. §.1. & §. ei qui notitiæ D. *de solut. l.1.C. de peric. tutor.*

ILLATIO LVI.

De ponderandis verbis quibus testator vsus est in dando tutore.

QVinquagesimosextò ex eodem Principio infertur, cùm de hac vi & potestate alicui ex testatoris voluntate danda quęritur diligenter animaduertēdū esse quibus verbis pater tutorē dederit, ne tātā vim, & potestatē ei demus cui neque testator, neque lex dare voluerit, néve contra voluntatem fiat quod proficiscitur ex volūtate, Exēpli gratia, si pater tutores ita dederit *Luciū Titiū tutorem do si is non viuit, tum Caium Plautium tutorem do.* Titius verò vixerit, & tutelā gesserit, deinde mortuus sit, dicendū est, cum Trebatio & Iauoleno tutelā ad Plautium non pertinere, quia illa verba *si is non viuit* ad pręsens tēpus nō quidē testamēti, sed mortis referūtur, quo scilicet tēpore inspici oportet, an viuat qui à testatore tutor datus fuit, vt tutor esse possit quāuis Labeo & Proculus ea verba tāquā tractū aliquē tēporis habentia ad id quoq; tēpus extendi posse putarēt quo Titius post gestā à se tutelā decessisset vt Iauolenus refert in *l. pen.* D. *de test. tutel.* Quorū sententia non improbabilis mihi videretur nisi articulus ille *tum* iunctus cum verbo pręsentis temporis præcisum instās demonstraret *l.4.§.vlt.* D. *de cond. & demonst.* Rursus è cōtrario aliquādo accidit, vt ex testamēti verbis appareat aliquos tutores datos esse, nec tamē ij tutores esse possint repugnāte ipsa testatoris volūtate, vt puta si quis cū testamēto tutores dedisset, postea codicillis eodē testamēto cōfirmatis alios tutores dederit, idq; se ideò facere significauerit, quoniā testamēto datos aut defunctos esse, aut excusationē habere posse cōperisset. Nihilominùs .n. tutores remanebunt qui ex prioribus viuēt, nec erūt excusati, quia ex ipsis testamētariorū codicillorū verbis apparet eos retinuisse defūcti volūtatē *l. vlt. eo. ti. De test. tute.* Ergo alij in codicillis dati nō erūt tutores, tāquā qui nō habeāt pro se volūtatē. Etsi enim nihil vetat & in testamēto & in codicillis tutores dati, eodémq; instāti mortis testatoris tutelas omnes cōfirmari, nisi priorū reuocādorū animo posteriores scriptos fuisse appareat *l.2.C.eo.* In proposito tamē id dici nō potest cùm ex ea ratione, quę testato-

l. pen. D. *de testam. tutel. l.4.§.vl. De condic. & demonstr. l. vlt.* D. *de testa. tutel. l.2.C. eod.*

statorē mouit, vt posteriores in codicillis tutores daret, appareat noluisse illū eos concurrere cū iis qui testamento dati essent. Nec valde dissimile est, quod Paulus refert in *l. cum mater* 28. *De inoff. testam.* Cùm mater filium militem falsò audisset decessisse, atque ob eā causam testamēto alios heredes instituisset, Diuum Hadrianum decreuisse hereditatem ad filium pertinere scilicet velut ex testamento, ob idque & libertates & legata eo testamento relicta deberi. Quasi nec pro præterito, nec pro exheredato ex matris voluntate haberi debeat filius quem mater crediderat decessisse: mortuus enim nec præteriri potest, nec exheredari. Consequens igitur est, vt debeat haberi pro instituto. Fateor posse eum si velit haberi pro præterito & per consequentias pro exheredato (præteritio enim materna pro exheredatione est *§. vlt. Inst. de exhered. liber.*) ob idque dandam ei querelam inofficiosi testamenti si iudicij centumuiralis exitum euentúmque incertū subire malit *l. si instituta* 27. *§. vlt.* D. *de inoff. testam.* eóque casu nulla eum legata, nullas etiam libertates debiturum, nec ex testamento, nec ab intestato *l. Papinianus* 8. *§. penult. l. Titia* 13. *in fin. eod.* Sed si matris honori parcere malit, quàm ipsius quasi dementis & insanæ iudicia per querelam inofficiosi testamenti rescindere nō solùm honestiùs faciet, verùm etiam tutius si contendat se neque præteritum fuisse, neque exheredatum à matre quæ putabat eum decessisse, atque ita quasi ex tacita ipsius voluntate velit admitti ad testamentariam eius hereditatem. Sicut enim mater liberos suos nominatim exheredare non cogitur, sed tacita exheredatio sufficit, quæ ex præteritione colligatur. Ita & visum est Imperatori Hadriano posse multò magis sufficere filio tacitam institutionem quæ induci possit ex eo quod mater eum neq; præterire voluerit, neque exheredare. Nec recusare probus & prudens filius debet, vt pro eo honore quem sentit ex tacita illa institutione, & pro commodo quod habet ne iudicij centumuiralis periculum experiri compellatur, illud quoque incommodum subeat præstandorum legatorū, quamuis nō fuerit ea debiturus si de inofficioso testamento egisset, vt idem Paulus ait in *d. l. cùm mater*, vbi quod ait adnotatum esse quod de libertatibus & legatis præstandis adiecit Hadrianus, non sic accipi debet, quomodo à nonnullis accipitur quasi fuerit reprehensum, sed ita vt intelligamus esse, id obseruatione dignum & tale quod sola prudentum autoritate citra Imperatoris constitutionē induci numquam potuisset: Sicut nec illud quod eodē Hadriani decreto principaliter factum est, vt in ea specie filius qui à matre neque institutus fuerit, neque exheredatus citra querelam inofficiosi testamenti ad matris hereditatē admittatur tanquam ex testamento. Quod iam ante nos, quamquam paulominùs apertè docuit Iacob. Cuiac. *lib.* 10. *obser. cap.* 22. Stefanum Græcum interpretem secutus. Extátque aliud persimile exemplum tacitæ institutionis, & ad illationem nostram accommodatissimum in *l. vlt. D. de hered. instit.* Pactumeius Androsthenes Pactumeiā Magnā filiam Pactumei Magni ex asse heredem instituerat, eíque patrem eius substituerat Pactumeio Magno occiso & rumore perlato quasi filia quoque eius mortua mutauit testamentū Noniúmque Ruffum heredem instituit hac præfatione, *Quia heredes quos volui habere mihi continere non potui. Nonius Ruffus heres esto.* Pactumeia Magna, inquit Paulus, supplicauit Imperatores nostros, & cognitione suscepta licèt modus institutione contineretur, qui falsus obesse non solet, tamen ex voluntate testantis putauit Imperator ei subueniendum cùm ex mera iuris ratione dubi-

l. cùm mater 28. *D. de inoff. testa.*

l. si instituta 27. *§. vlt eo. l. Papinianus* 8. *§. pen. d. l. Titia* 13. *in fin.*

d. l. cùm mater.

L. vlt. D. de hered. inst.

tari non posset, quin prius testamentum per posterius sublatum esset posteriore subsistente cui nihil obesse poterat, nisi quod falsam causam habuisset, quę tamen non magis quàm falsa demonstratio vltimas voluntates corrumpit *l. demonstratio 17. §. quod autem D. de condic. & demonstr.* Ratio enim ita vel ita testandi testamento non coheret, quemadmodum rationem legandi legato non cohærere Papin. ait in *l. cùm tale 72. §. falsam eod. tit.* quamuis possit ea res plerumque doli exceptionem inducere si probetur testator aliàs legaturus nõ fuisse. Fuit ergo necessaria Imperatoris autoritas, vt pronunciari posset, hereditatem ad Magnam pertinere: Idem tamen Imperator non dubitauit quin legata ex posteriore testamento præstare ea deberet, perinde, inquit Paulus, acsi in posteriobus tabulis fuisse ipsa heres scripta. Vt intelligamus eam succedere non tam ex ea institutione expressa, quę priore testamẽto continebatur, quàm ex tacita quæ posteriore contineri intelligatur, hoc ipso quod apparet testatorem non fuisse conditurum aliud testamentum ad alios heredes instituendos, si Magnam priore testamento institutam adhuc viuere credidisset. Itaque imperatorij decreti necessitas & autoritas non in eo est, quod legata posteriore testamento relicta debentur (quidni enim debeantur cùm posterius testamentum valeat?) sed quòd heres priore testamento instituta non in posteriore, succedit tamen ex tacita defuncti voluntate, quasi in eo ipso posteriore testamento, adeóque quod magis est sola & sine Nonio Rufo instituta. Nec enim coheres ei datus videri potest Nonius Rufus, non magis quàm vtrumque testamentum valere, aut ex variis testamentis ius coniunctionis induci *l. si sub condicione 16. quib. mod. vsusfr. amitt.* Legata ergo non debebuntur, quæ priore testamento relicta fuerant, tanquam quod per posterius ipso iure fit sublatum *l. si quis 29. ad SC. Trebell. §. posteriore Instit. quib. mod. testam. infirm.* Eáque diuersitas & diuersitatis ratio est inter casum illum & eum quem nunc tractamus de tutoribus datis in testamento eius qui codicillis postea factis alios tutores nominasset putãs priores, vel defunctos esse, vel excusari posse. Nec enim codicilli post testamẽtũ facti & ex eo cõfirmati infirmãt testamẽtũ à quo ipsi vires accipiunt, ac proinde nõ possunt facere quominùs valeãt & tutelę priore illo testamẽto datæ, & legata in eo relicta. Illud tãtum facere possent, vt tutores codicillis dati cũ testamẽtariis cõcurrerẽt, si voluntas testatoris concursum illũ pateretur, quem tamen ideò non patitur, quia illi qui testamento dati fuerant non solùm retinent defuncti voluntatem, sed etiam ita retinent, vt impediant, ne qui codicillis dati sunt eandem voluntatem pro se habere videri possint, quippe quos non fuerat daturus pater nisi alios, vel defunctos esse, vel excusationem aliquam habere posse credidisset.

L. cùm tale 72. §. falsa de cond. & demonstr.

L. si sub condicione 16. quib. mod. vsusfr. amitt.

L. si quis 29. ad SC. Trebell. § posteriore infr. quib. mod. test. infirm.

ILLATIO LVII.

De tutore non nisi verbis latinis & legitimis dando.

QVinquagesimoseptimò ex eodem Principio fit vt necessaria fuerit cõstitutio Imperatorum Theodos. & Valentiniani in *l. vl. C. eo. tit. de test. tute.* quę fecit, vt tutores etiã græcis verbis liceat in testamẽto relinquere, vt ita tutores dari videantur acsi legitimis verbis eos testator dedisset. Nã cùm tutela sit vis & potestas in caput liberum iure ciuili data & permissa, conueniens est vt non nisi ciuilibus & legitimis verbis dari possit, cuiusmodi non sunt verba græca, cùm leges romanorum quamuis maiore ex parte à græcis sumptæ latinis, non

l. vlt. C. de testam. tut.

nis,non græcis verbis sint conscriptæ.Vnde & legitima verba appellantur, id est quæ legum sunt,quæ & ciuilia dixit Papin.in *l.verbis ciuilibus* 7.*De vulg.& pupill.substit.*

*L.verbis ciuilibus*7.*D. de vulg. & pupill. subst.*

ILLATIO LVIII.

De legitimis & quasi legitimis tutelis.

QVinquagesimooctauò ex eodem Principio fluxerunt legitimæ tutelæ quæ agnatis deferũtur, item quasi legitimæ,vt quæ patronis exemplo hereditatum & quasi per consequentias dantur *l.1. & 3.& pass.D. de legit. tutor.* Cuius enim alterius fuit quàm legis eam vim & potestatem in caput liberum dare quæ iure ciuili dicitur data & permissa?Datur quidem etiam à patre, sed ex legis permissione §.*permissum hoc tit.*Datur etiam à magistratu,sed tanquam ab eo qui sit viua vox iuris ciuilis & legis *l.nam & ipsum* 8.D. *de instit. & iur.* Ideóque & à lege datam esse oportet magistratui eam potestatem dandi tutoris,aut ab eo qui sit supra leges,id est à Principe *l.ius dandi* 3.*D.de tut.& curat. dat.*Vnde etiam fit vt prætor seipsum tutorem dare non possit *l.4.eod.ti.*quia non ideò minister legis est, vt sibi ipsi ius dicat,sed vt aliis.

L.1.& 3. D. de legit.tut.

§. permissum hoc tit.

L.ius dandi 3. D.de tut. & cur. dat. l.4.eod.

ILLATIO LIX.

De tutore dando etiam ei qui de statu suo litigat.

QVinquagesimononò ex eodem Principio fit, vt ei qui de statu suo litigat tutor dari possit, vt scilicet ita demum teneat datio si postea liber reperiatur *l.ei qui* 17.*D.de tut.& curat.dat.*Interim tamen litis ordinãdæ gratia curator ei dandus erit non tutor per quem defendi possit,quia interim pro libero habetur *l.1.C.qui dar.tutor.vel curat.* nisi eam legem intelligas de casu illo quo tutor nondum huic fuerit datus,vt dicam ad Prin.4.illat.15.

L.ei qui 17. eod.de tuto. & cur. dat. l.1.C. qui dar. tutor. vel curat.

ILLAT. LX.

De tutore dato puberi ex decreto Præsidis & ex inquisitione.

SExagesimò ex eodem Principio fit,vt si cui egresso annos pupillares decreto præsidis ex inquisitione tutor datus sit quasi minori annis pupillaritatis, vsque adeo inutilis datio sit,vt neque necessaria ei sit excusatio,neque obligetur ex eo,quod tutelam non gerat *l.Seia 26.eod tit.De tutor.& curat.dat.* Quod ita accipiendum est,vt neque prouocare hoc casu sit necesse. Iis enim demum tutoribus datis prouocandi necessitas iniungitur,qui si neque prouocarẽt, neque tutelam gererent, hoc ipso ex causa tutelæ obligari & conueniri possent *l.3.l.6 l.tutores 18.C.de excus.tutor.l.scire 13.in princip.D.eod.l.1. §.1.D. quand. appell.sit.*Atqui hic etiamsi neque se excusauerit, neque tutelam gesserit, nullomodo tamẽ obligatur.Ergo nec prouocare habet necesse.Nec est quod cũ interpretibus dicamus hoc fieri,quoniam tale decretum factum sit à Prætore sciente,ac vltrò errante,vt illi colligunt ex eo quod in *d.l. Seia,* ponit Scæuola tutorem datum esse ex inquisitione.Quasi verò cùm inquisitio fit à prætore ad tutorem pupillo dandum,soleat inquiri in ætatem pupilli, ac non priùs supponi pro certo & indubitato impuberem esse illum cui tutorem prętor ex in-

l Seia 26.D. de tutor. & curat.dat.

l.3 l.6.l tutores 18. C. de excus.tutor l.scire 13. in princ. D. eod l 1. §.1. D. quand. app.sit.

quisitione dare velit. Inquiritur siquidem in personam tutoris non pupilli, Potéstque facilè fieri vt verum certúmque sit impuberem eum esse de cuius tutela tractatur, & tamen post factam inquisitionem & eo tempore quo tutor à pretore datur, iam pubes effectus reperiatur. Cōputantur enim hoc casu tempora de momento in momentum *l.3.§.minorem D. de minor.l. à qua ætate 5. D. qui testa. facer. poss.* Et verò quis tam insanus prætor futurus sit, qui tutorem dare velit tanquam impuberi, quem puberem esse compererit? Neque rursus ad rē facit, si quis obiiciat publicè interesse, vt prætoris decreto pareatur, etiãsi per sordes, vel per ambitionē aut imperitiā quid decreuerit, propter rerū iudicatarū autoritatem *l. seruo 65.§. cùm prætor D. ad SC. Treb.* Id enim tunc obtinet, cùm per ipsam rem non fit, quominùs decretum prætoris effectum habere possit, Alioqui non magis prætor quàm alius quilibet facere potest, vt rerum natura immutetur *l.2. D. de vsufr. ear. rer. quæ vsu consum.* Nec igitur vt impubes sit, qui iam reuera pubes est. Et consequenter fieri nequit, vt tutor sit qui puberi datus fuit, siue à sciente prætore, siue ab ignorante, ac siue in facto ille errauerit, siue in iure. Cùm enim tutor esse nemo possit quin hoc ipso habeat vim & potestatem in caput liberum ciuis romani, ea verò potestas, nec data sit à lege, nec dari debuerit, nisi ad tuendum eum qui per ætatem pupillarem seipsum tueri nequeat, vt Principium nostrum habet, Omnino consequēs est, vt non magis valere possit decretum prætoris quo dat tutorem puberi, quàm quo pronunciet impuberem adhuc eum esse, qui re vera sit pubes. In his siquidem quæ facti sunt non iuris, veritas rei semper & necessariò spectanda est, nec quod dici solet rem iudicatam pro veritate haberi *l. res iudicata 207. De regul. iur.* ad ista pertinet quæ certam & immutabilem à natura legem acceperunt, sed ad ea quę sunt iuris, vt cùm pronunciatur ingenuus esse is qui re vera, vel seruus est, vel libertinus, vt in *l. ingenuum 25. D. de stat. homin.* aut hereditatem esse fideicommissariam quæ tamen non fuerit per fideicommissum saltem vtiliter relicta, vt in *d. §. cùm prætor.*

l.3.§. minorem D. de minor. l. à qua ætate 5. D. qui test. fac. poss. l. seruo 65.§. cùm prætor ad SC. Trebell.

PRINCIPIVM II.

De tutelis tam testamentariis quàm legitimis exemplo hereditatum deferendis.

TVtelæ tam testamentariæ quàm legitimæ exemplo hereditatum deferuntur, hoc est testamentariæ quidem ei cum quo testator habuerit testamēti factionem, id est qui etiam heres à testatore institui potuisset *l. testamento 21. D. de testam. tutel.* legitimæ verò ei cui eadem lex delatura esset hereditatem pupilli si vel in ea ætate, vel quo alio tempore intestatus decederet, puta proximis agnatis & consanguineis, itémque patronis. Hi enim omnes ex lege 12. tabul. ad hereditatem legitimam admitti possunt *l.1. D. de legit. tutor.* vbi addit Vlp. hoc summa prouidētia factum esse, vt qui sperarent pupilli successionem iidem bona eius tuerentur ne dilapidarentur. Sunt autem agnati qui per virilis sexus personas cognatione iūcti sunt, quasi à patre cognati, veluti frater eodem patre natus fratris filius nepósve ex eo item patruus & patrui filius, nepósve ex eo *l. sunt autem 7. D. de legit. tutor. l. iurisconsultus 10.§.1. De gradib. & adfin.* Neque tamen hoc ita accipiendum est, vt tutorem dare possint testamēto ij

l. testamento 21. D. de testam. tutel.

l.1. D. de legit. tutor. l. sunt autem 7. eod.

to ij omnes qui testamentariam hereditatem dare possunt. Nemo enim potest cuiquam dare nisi ei quem in suis heredibus habuit cùm moritur habiturúsve esset si vixisset *l. quò tutela* 73. §. 1. *De regul. iur. d. l.* 1. D. *de testam. tutel. & §. vlt. hoc tit.* propter eas rationes quas diximus ad Princip. præcedens. Itaque nec mater nec extraneus nec alius quisquam extra patrem vel auum qui filium vel nepotem impuberem sic habeat in potestate, vt non sit ille in alienam potestatem recasurus, tutorem testamento dare poterit quamuis dare possint hereditatem quia suos heredes non habent. Sed hoc significare volumus, Nec patri permittendum esse vt suo heredi tutorem det nisi eum cum quo habeat testamenti factionem. Nec rursus quod de legitima tutela dicimus, hunc sensum habet vt quisquis legitimus heres futurus est, idem legitimus quoque tutor sit. Interdum enim alibi est hereditas, alibi tutela, vt puta si qua sit consanguinea pupillo. Nã hereditas quidẽ ad agnatã pertinet, tutela verò ad agnatũ. Itẽ in libertinis si sit patrona & patroni filius, Tutelã enim filius patroni, hereditatẽ patrona obtinebit. E cõtrario si sit patroni filia & nepos, hic tutor erit, illa heres *d. l.* 1. §. 1. *De legit. tut.* Idq; est quod ait *d. l. quo tutela in pr.* quò tutela rediit eò legitimam quoque hereditatem peruenire, nisi cùm fœminæ heredes intercedunt. Quem locum nescio cur Frãciscus Hotomanus sic emendare voluerit, & sic potius legere *Eò tutela redit quò hereditas peruenit.* Sic enim ille *lib.* 5. *obser. cap.* 6. Quasi verò prius sit vt hereditas, quàm vt tutela deferatur, cùm in contrarium tutela non sit nisi viuentis impuberis, hereditas verò iam defuncti. Debuerat potiùs dicere sic locum emendandum *Quò tutela peruenit eò hereditas redit.* Duriusculum enim sanè illud est tutelam redire dici quæ nunc primùm defertur, nec vnquam penes alium fuit, aut esse potuit: Et illud durius quod idem Hotomanus addit redire dici etiam, ea, quę lege destinata sunt ex *l. si quis sub condicione* 11. §. 1. *& §. quod si tutor. D. de testam. tutel.* Ibi enim dicitur tutela redire ad legitimum tutorem, non propter pręcedentem legis destinationem, sed quia tutela testamento fuerat alij delata, quàm legitimo tutori, vt proinde legitimæ tutelæ spes extincta videretur. Certum námque est, quandiu tutela testamentaria speratur, legitimam cessare, adeò vt si semel ad testamentarium tutorem fuerit deuoluta, quamuis deinde sit excusatus tutor testamentarius, non eo magis tamen tutela redeat ad legitimum, sed in locum excusati alium à magistratu dari oporteat, vt scriptum est in *d. l. si quis* 11. *in princip. & §.* 1. Nempe quia id agatur principaliter à magistratu qui tutorem remouet, vt alium dare possit quemadmodum vult Bartolus ex *l.* 3. §. *quæri potest eod. tit. De legit. tutor.* vt ad eundem institutio pertineat, ad quem destitutio spectat, & eius sit conferre cuius est priuare, vt ad Bartolum addit Baldus. At non ideò quòd in remoto supersint reliquiæ quædam tutelæ testamentariæ siue ob dolum siue ex qua alia causa remotus proponatur, vt idem Baldus tentauit, nec rursus vt alij voluit, quia legis tutelam legitimam deferentis potestas in suspenso manere non possit, ideóque tota extinguatur ex quo instanti testamentaria tutela delata fuit, & ad tutorem deuoluta, etsi enim eadem lex duodecim tabularum est, quæ testamentarias quoque tutelas non minùs quàm hereditates & confirmat, & defert *l. lege obuenire* 130. *de verb. signific.* hoc ipso tamen quod lex testamentariam defert, non idcirco legitimæ spem abiicit nisi testamentaria durante, tametsi tam in testamentarijs quàm in legitimis siue hereditatibus siue tutelis delatio fiat à lege, inspecto præcisè instanti illo quod immediatè sequitur mortem patrisfamilias, si nihil sit quod in longius tempus differat delationẽ.

L. quò tutela 73. §. 1. de regul. iur. l. 1. D de test. tutel. § vlt. hoc tit.

d. l. quo tutela in princ.

l. si quis sub condicione 11 §. 1. & §. quòd si tut. D. de testa. tutel.

L. lege obuenire 130. de verb. signif.

l.2.§.interdũ & seq. De suis & legit.l.4. Vnd.legit. l.1.§.sciendũ De suis & legit. §.placebat instr. de leg. agn.success.

l.2.§.interdum & seq.D.de suis & legit.l.4.D.vnd.legit. Nam inde quidem est, quod si legem duodecim tabularum inspicias, quatũ ad hereditates neq; in suis neq; in agnatis successio est *l.1.§.sciendum De suis & legit.§.placebat Inst.de leg. agn succ.* quia scilicet, vt sæpius alibi monuimus, tota legis potestas vnica delatione consumitur. At nõ idẽ in tutelis quoq; fit, vt si testamentariã tutelã lex voluntatẽ testatoris secuta semel confirmauerit, & detulerit, legitimã postea deferre nũquam possit *l.quidem non potest*, quandiu testamentarius tutor viuit, siue remotus fuerit, siue excusatus, si modò tutelam non solùm delatam ex testamento, sed etiã susceptam esse proponas. Hoc enim necesse est vt legitimus tutor excludatur, Sicut nec ad legitimum heredẽ excludendũ sufficit delatam esse ex testamento hereditatem si non etiam agnita proponatur. At in tutela hoc amplius est quàm in hereditate, quod post agnitam quoque & susceptam tutelam testamentariam legitimæ locus relinquitur si fortè tutor ille testamentarius decesserit *d.l.si quis sub condicione §.quod si tutor.l.intestato 6.in fin.De legit. tut.* quia & si proximus agnatus à lege tutor factus decessisset aut etiam capite diminutus fuisset, qui post eum proximus agnatus reperiretur, legitimus quoque tutor esse posset, cùm in agnatis quod ad tutelas sit successio *l.3.§.pen.de legit.tut.* propter eam diuersitatis rationem quam attulimus ad Princip. præcedens illat.24. Et ideo benè ac propriè scriptum est in *d.l.si quis & in d.l.intestato 6.in fin.* redire his casibus vel nõ redire tutelam ad legitimum tutorem, quæ scilicet fuerit aliquando non solùm delata tutori testamentario, sed etiam acquisita. Cur autem defuncto testamentario tutore ad legitimum tutela redeat. Rationem reddit Vlp.in *d.§.quòd si tutor*, quia hîc Senatusconsultum cessat, illud nimirum quo factum est vt in locum tutoris testamentarij siue excusati, siue remoti alius dari debeat. Cõplura enim Senatusconsulta in hanc rẽ & in hũc sensum facta esse ob pupillorũ vtilitatem constat ex *l.pen.D.de tutel.* At Senatusconsultũ nullũ factum est vt in locum demortui tutoris testamentarij alius tutor dandus esset tanquam sufficiente in id lege duodecim tabularum quæ legitimos tutores dat iis omnibus qui testamentarium nullum habent. Et hoc proculdubio sensu scripsit Scæuola in *d.l.quò tutela*, eò hereditatem peruenire, quò tutela rediit, vt eum quoq; casum cõprehenderet quo tutela legitima nõ statim post mortem testatoris, sed post testamentariam obuenisset, itémq; casum illum quo legitima tutela per multorum personas ambulauerit. Is enim ad quem vltimo loco rediit (quamuis hoc casu peruenisse rectiùs quàm rediisse dicenda esset, progreditur enim non redit ab agnato proximiore ad remotiorem) quia mortis pupilli tempore proximus agnatus reperitur, heres quoque est. Itaque nihil apud Scæuolam est immutandum.

L.pen.D.de tutel.

ILLATIO I.

De agnato remotiore non dando tutore cùm agnatus proximior est apud hostes.

l.1.§.si apud hostes D.de legit. tutor.

EX hoc Principio illud primùm fit, quod scriptum est in *d.l.1.§.si apud hostes D.de legit.tutor.* Si apud hostes sit frater inferioris gradus agnato tutelã non deferri, sicut nec patroni filio si patronus ipse sit apud hostes, sed interim alium tutorem à prætore dari dum expectatur an postliminio locus aliquando sit futurus. Nam nec interim legitimam hereditatem lex duodecim tabularum deferret aut inferioris gradus agnato aut filio patroni propter fictionem postliminij quæ in suspenso retinet omnia captiui iura *l.illa institutio 32.§.1.D.de hered.instit.l.pen.D.de captiu.& postlim.* Aliud erit si vel frater vel patronus fuerit

l.illa institutio32.§.1.D.de hered.inst.l.pen.D.de capt.& postlim.

fuerit deportatus, & confiscatus vt loquitur Vlp. in *l. si tutor 9. §. penult. D. de tutel. & ration. distr.* Etsi enim fieri potest vt in ciuitatem restituatur *l. interci-dit 59. De condic. & demonstr.* quia tamen id non ex beneficio iuris, sed ex Principis voluntate futurum est, non eo minùs pro mortuo habetur deportatus. Ideóque non alia ratio siue hereditatis siue tutelæ constituenda est, quàm si reuera mortuus proponeretur *l. 1. §. penult. D. de bonor. poss. contr. tabul. l. 4. §. si deportatus de bon. libert. & d. l. si tutor §. pen. de tutel. & ration. distr.*

L. si tutor 9. §. pen. De tutel. & rat. distr.

l. 1. §. pen. de bonor. poss. contr. tab. l. 4 §. si depor tatus de bon. libert. d. l. si tutor §. pen.

ILLATIO II.

De legitima patronorum tutela.

SEcundò ex eodem Principio fit, vt patronorum tutela legitima dicatur, non quòd lege 12. tab. expressè introducta sit, & specialiter ac nominatim, sed per interpretationem prudentum ad legem illam, quæ libertorum hereditates patronis defert vt Iustin. scribit in *tit. De legit. patron. tutel.* aut vt loquitur Vlp. in *l. 3. in princip. De legit. tutor.* per consequentias hereditatum. Itaque non distinguemus an patronus sponte manumiserit, an coactus puta ex causa fideicommissi. Quisquis enim manumissor est idem sicut patronus ita & tutor est, *d. l. 3. §. 1.* quia & ad hereditatem admittitur, cùm æquè habeat iura patroni. Idē est si quis emerit hac lege seruum vt manumitteret, & ex constitutione Diui Marci ad Aufidium Victorinum peruenerit seruus ad libertatem *d. l. 3. §. sed et si.* Quamuis enim hoc casu competat seruo libertas sola constitutionis potestate citra manumissionem, non alia tamen ratione competit quàm quia constitutio factum emptoris quod debuerat intercedere repræsentat *l. 2. & vlt. C. si emancip. ita fuer. alien.* Quemadmodum ergo si emptor ipse manumisisset libertum hodie haberet, ita & cùm non manumisit, quia manumisisse intelligitur, vt & in specie *l. Paulus respondit 38. §. 1. De liber. caus.* Planè si eo qui fideicōmissariam libertatem præstare debuit latitante libertas seruo obtigerit ex Senatusconsulto Rubriano, cuius verba extant in *l. cùm verò 26. §. subuentum D. de fideic. libert.* non habebit tutorem eum qui fuit rogatus, quia nec patronum eum habet, cùm efficiatur Orcinus libertus & ad familiam testatoris pertineat, non heredis *d. l. 3. §. planè,* perinde acsi directò manumissus esset vt verba Senatusconsulti habent, à testatore scilicet non ab herede. Itaque in hac specie incipit tutela ad liberos patroni primos pertinere quæ ad patronum ipsum non pertinuit, Sicut & in omnibus aliis libertis euenit, qui testamento fuerunt manumissi *d. §. planè.* Quod cùm ita sit non abs re quis miretur quamobrem Vlp. adiecerit ea verba *in hac specie* cùm tot sint species in quibus idem contingit. Sed dicendū est ad id respexisse Vlpianum, quod regulariter tutelæ legitimæ, non liberis primùm sed parentibus deferantur, cùm non nisi proximis agnatis deferantur, proximus autem agnatus non sit filius qui semper anteuertitur à patre, per quem & agnatus est. Verùm id tunc obtinet, cùm agitur de tutela viuo patre. At nos hîc tractamus de tutela illius qui non nisi post domini sui mortem sit consecutus libertatem, ac proinde qui dominum suum eundémque patrem legitimi tutoris, tutorem habere numquam potuit, cùm prius esse debuerit, vt libertatem, quàm vt tutorem haberet. Consequenter tractat Vlpian. in *dict. l. 3. §. si duo*, Si duo pluresve manumittant, omnes tutores esse, præterquàm si mulier aliqua sit inter manumissores, cùm sexus sui condicione, vt iam sæpius diximus, tutrix

Tit. de legit. patr. tutel.

L. 3. in prin. De legit. tutor.

d. l. 3. §. 1.

d. l. 3. §. sed etsi.

l. 2. & vlt. C. si emanc. ita fuer. alien.

l. Paulus respondit 38. §. 1. D. de lib. caus.

l. cùm verò 26. § subuentum de fid. libert.

d. l. 3. § planè.

d. l. 3. §. si duo D. de legit. tutor.

esse impediatur. Quòd si aliquis ex patronis decesserit, relicto filio, tutela penes cæteros patronos tantùm est, nec ad eius communionem filius defuncti compatroni admittitur. Idémque est si huius filij pater non mortuus, sed ab hostibus captus fuerit, aut alia ratione in seruitutem redactus. Soli enim compatroni quandiu viuent tutores erunt, nec cum iis concurret filius captiui aut serui effecti, Sed si omnes patroni decesserint, tunc demum tutela ad eorum liberos incipiet pertinere. Proinde, inquit Vlp. si alter ex patronis filium, alter nepotem reliquerit, vtrum ad solum filium, an verò & ad nepotem tutela pertinebit? Dubitationem facit, quia & nepos hic in familia patris sui proximus est: Sed tamen verius est legitimam tutelam ad filium solum, non etiam ad nepotem pertinere, quoniam & in hereditate idem contingeret, vt soli filio primùm deferretur, post filiũ verò tunc descenderet ad nepotẽ: quia proculdubio est proximior qui filius etiam alterius patroni est, quã qui nepos. Idque adeò verũ est, vt licèt patroni filius sit remotus vel excusatus, non eo magis tamen nepoti tutela deferatur vt sequitur apud Vlp. in *d. l. 3. §. quæri potest*, vbi hanc fuisse Marcelli sententiã scribit vt in tutela succedere filio nepos hoc casu non possit. Idcirco enim abiit filius à tutela, inquit, vt alius in locum eius daretur, non vt successio admitteretur. Planè in legitimis tutelis successionem admittendam esse constat, quamuis non similiter in hereditatibus admittatur siue mortuus fuerit, siue capite diminutus is, qui proximior fuit, vt suprà docuimus & ad Princip. præcedens *illat. 24. ex d. l. 3. §. pen.* Summa profectò legis prouidentia, quæ cùm ideò pupillis tutores det vt iis consulat, non satis benè consulere videretur, nisi tandiu consuleret, quandiu indigent illi auxilio & consilio tutoris, id est, quandiu verum est eos & impuberes esse & tutorem non habere, quamuis aliquando habuerint eum, qui posteà vel defunctus sit vel seruus effectus, vel capite diminutus. Igitur hac in re ius tutelæ non sequitur ius hereditatis. Sicut nec in casu *d. l. 1. §. interdum eod. tit.* De *legit. tutor.* vbi idem Vlp. monet interdum etiam sine hereditate tutelam deferri, & è contrario quoque interdum hereditatem sine tutela. Vtputa in eo qui latitauit, cùm seruum suum rogatus esset manumittere. Nam generaliter Diuus Pius Aurelio Basso rescripsit, ius patroni eum non habere. Rescripti verba hæc fuisse refert Vlp. in *d. §. interdum Planè tergiuersatio eorum qui subuertere fideicommissariam libertatem velint, eo modo puniatur ne ius patroni acquirant in eo quem liberum esse nolint.* Quod rescriptum palam est ad Senatusconsulti Rubriani verba sensúmque accommodatum esse. Factum enim est Senatusconsultum illud vt subueniretur fideicommissarijs libertatibus contra latitantes qui libertatem præstare deberent, sicuti suprà diximus ex *d. l. cùm verò 26. §. subuentum* De *fideic. libert.* Ergo hoc casu non habebit heres ius patroni quod ad hoc vt possit habere hereditatem, sed tamen non eo minùs tutor esse cogetur, quia onus illud est magis quàm honor, licèt etiam admixtum habeat honorem *l. vlt. §. pen. C. de legit. hered. l. ne lucrum 5. C. de curat. furios.* Alioqui non video quomodo verũ esse possit quod in *d. §. interdum* scriptum est, deferri hoc casu tutelam sine hereditate, & hereditatem sine tutela. Quòd si is qui libertatem fideicommissariam præstare debuit, abfit quidem, sed ex iusta causa id est sine dolo malo, libertas æquè obtinget seruo acsi esset manumissus, sed ita tamen vt eum patronum habeat quem haberet si manumissus ab eo fuisset. Idque ex alio Senatusconsulto de quo in *l. si eum 28. §. vlt.* iunct. *§. eorum D. eo. tit.* De *fideic. libert.* Ille apertior casus

§. quæri potest d. l. 3.

d. l. 3. §. pen.

Ius tutelæ non semper sequitur ius hereditatis. l. 1. §. interdum eod. ti. De legit. tut.

d. l. cùm verò 26. §. subuentum de fideic. libert. §. pen. l. vlt. C. de legit. hered. l. ne lucrum 5. C. de curat. furios.

l. si eum 28. §. vlt. & §. eorum D. de fideic. lib.

casus est qui sequitur apud Vlpianũ in *d.§.vlt.l.1.De legit.tut.* Si pater filiæ suũ libertum adsignauerit. Tutela enim nihilominus apud fratres remanebit quæ scilicet cùm virile sit officium non potest esse apud sororem, & tamen legitima hereditas ad sororem pertinebit, vt & cætera omnia commoda iuris patronatus *l.1.& tot.tit.D.de adsign.libert.*

d.l.1.§.vlt. de legit.tut.

l.1.& tot.tit. D.de adsig. libert.

ILLATIO III.

De legitimis tutelis per capitis diminutionem admittendis.

TErtiò ex eodem Principio fit, vt legitima tutela non minùs capitis diminutione quàm morte finiatur, Nec tantùm morte aut capitis diminutione pupilli, etiam ea quæ salua ciuitate contingat *l.2.D.de legit.tutor.* verũ etiam tutoris *d.l.3.§.pen.l.5.§.vlt.eod.tit.l.tutelas 7.D.de capit.min.* Cùm enim legitimas tutelas lex duodecim tabularum deferat eodem ipso modo quo & hereditates, id est agnatis proximis. Agnati autem esse desinant per minimam quoq; capitis diminutionem, quoniam agnationis nomen non naturale est vt cognationis, sed ciuile ad causam familiæ pertinens, qua proinde mutata (quæ mutatio per minimam capitis diminutionem semper contingit) agnationem quoque finitam sublatámq; esse necesse est, & consequenter finitam etiam tutelam quæ non nisi agnationis iure deferebatur. In quo differũt legitimæ tutelæ & à testamentariis & à datiuis. Si enim filiusfamilias à testatore vel à magistratu tutor datus postea emancipatus fuerit, non eo minùs remanet tutor, sicut & si cũ paterfamilias esset factus tutor dederit se adrogandum, quia siue testator, siue magistratus personam ipsius elegerit, non tanquam filiifamilias aut patrisfamilias elegit, sed tanquam probi & prudentis viri, qualis si erat ante minimam capitis diminutionẽ, talis vtique erit & postea. At lex cùm tutelam defert agnato proximo, non ipsius personam aut probitatem eligit, sed ad agnationis ius duntaxat respicit, quod sine dubio nullum superest, familia per capitis diminutionem mutata. *l.qui in adoptionem* 23. D. *de adopt.l.quinetiam* 55. *in fin.* D. *de rit. nupt.* & *d.l.tutelas*, vbi hac ratione Paulus scribit legitimas tutelas quæ ex duodecim tabulis deferũtur eodem modo interuerti, quo & hereditates quæ ex eadem lege dicuntur legitimæ, interuertuntur: quia scilicet agnatis, inquit, deferuntur qui agnati esse desinunt, familia mutati. Quod cùm ita sit, fatendum planè est non posse explicari quod in princip. *d.l.tutelas* scriptum est, Tutelas nõ amittere capitis diminutionem exceptis iis quæ in alieno iure positis personis deferuntur. Inde enim sequitur prorsus contrà quàm ratio iuris patiatur, vt solæ tutelæ legitimæ per capitis diminutionem non amittantur, cæteræ omnes amittantur. Legitimæ enim eæ sunt quæ in alieno iure positis personis non deferuntur. Siquidem agnatis tantùm proximis deferuntur, fieri autem non potest vt agnatus proximus ille sit, qui in patris potestate est, cùm necesse sit à patre anteuerti eum qui non nisi per mediam patris personam agnatus est, vt proxima illatione dicebamus. Ergo cùm & ex ratione iuris & ex iis ipsis quæ sequuntur apud Paulum in *d.l.tutelas*, appareat tutelas legitimas quæ ex duodecim tabularum lege deferuntur solas amitti capitis diminutione, cæteras verò non amitti, Non dubito quin locus sit corruptus & ita emendandus vt addatur negatio ante verbum *deferuntur*. Est enim hoc multò probabilius, quàm quod Cuiacius tentat ad *tit.11.& 12.* Notar. Vlpiani, erratum fuisse à Tribonia-

L.2.D.de legit. tutor. l.3.§.pen.l.5. §.vlt.eod.l. tutelas 7. D.de capit. minut.

l.qui in adoptionem 23. D.de adopt. l.quinetiam 55.in fin. D. de rit.nupt. d.l. tutelas.

no in legendis notis veterum, quasi notis illis scriptum hîc esset *quæ i. a. p. p.* hac significatione *quæ iure agnationis proximis potissimum*, quod vtrumq; planè commentitium, & tanti viri acumine prorsus indignum semper mihi visum est. Ab ea tamen propositione nostra generali quæ habet legitimas tutelas capitis diminutione amitti, excipienda est tutela patronorum, quam nominatim excipit Vlp. *dict. cap. 11. versic. excepta.* Et ratio diuersitatis est, quia per minimam capitis diminutionem licèt familia mutetur, ius tamen patronatus nõ amittitur, vtpote quod contrahatur ex beneficio manumissionis, cuius memoriam per capitis diminutionem extingui nimis ingratum & impium nedum iniuriosum esset. Identitas enim, vt ita dicam, personæ non familię hîc spectanda est, cùm libertus beneficium acceperit non à familia, sed à persona, quæ naturaliter & reuera manet eadem etiam post capitis diminutionem, quæ antea fuit. Quòd si generaliter verum est, vt est, quod Caius ait in *l. eas* 8. *De capit. minut.* eas obligationes capitis diminutione non perire, quæ naturalem præstationem habere intelliguntur, quia ciuilis ratio naturalia iura corrumpere non potest, quænam obligatio esse potest, quæ habeat magis naturalem præstationem, aut quæ magis ex bono & æquo sit, quàm quæ ex patronatus iure constituitur inter patronum & libertum? *l. si non sortem* 26. *§. libertus D. de cond. indeb.* Cur ergo pereat ius patronatus per minimam capitis diminutionem? Consequenter igitur nec legitima tutela patronorum per capitis diminutionem perire potest, cùm non deferatur patrono nisi tanquam patrono sicut & legitima hereditas liberti. Sed & obseruandum est cæteras legitimas tutelas, quæ agnationis iure deferuntur, sicuti ab aliis tutelæ speciebus in hoc differunt, quod per capitis diminutionẽ non amittuntur, ita &, quod magis mirum est, à legitimis quoq; hereditatibus differre. Qui enim agnationis iure semel heres fuit, is tametsi postea capite minuatur heres tamẽ esse non desinit si fortè dederit se adrogandum, sed in adrogatorem suum transfert vt cætera bona sua omnia, ita & hereditatẽ hanc sibi antea iure agnationis quæsitam: quippe quæ desierit esse hereditas, propriúmq; ipsius patrimonium esse cœperit: nec enim ad sequẽtis gradus agnatũ ex lege 12. tab. deuolui potest, cùm in agnatis nõ sit successio, ne quidem ante acquisitam hereditatem. At is qui tanquam proximus agnatus non solùm tutor esse potuit, sed etiam reuera tutor fuit si capite minuatur tutor esse desinit, hoc ipso quod desinit esse agnatus, incipitque deuolui tutela ad eum qui incipit fieri proximus agnatus, quia placuit in tutelis non modò delatis à lege, sed etiam acquisitis, esse successionem, vt diximus in præcedentibus ex *d. l. 3. §. pen. D. de legit. tutor.* Differentiæ ratio est, quia licèt hereditas legitima nõ minùs quã tutela iure agnationis deferatur, non tamen vsq; adeò ei adhęret, vt amisso iure agnationis amittatur, vel ob id maximè quod per aditionẽ desinit esse hereditas eo instanti quo incipit esse heres, cũ hereditatis nomẽ & fictionem lex non aliã ob causam induxerit, quã vt faceret heredẽ. Qui porrò semel heres fuit numquam desinit esse heres ne quidẽ per mortẽ *l. ei qui soluendo* 88. *De hered. instit.* Vnde dicimus heredem heredis, heredem esse testatoris *l. vlt. C. de hered. inst.* Heres námq; fit per aditionẽ, quæ facti est, nec proinde haberi pro infecta vnquã potest, Aut vt dicã melius (nec enim ratio hæc quamuis cõmuniter probata locũ haberet in suis heredibus quos cõstat aditione nõ indigere *l. in suis* 14. *D. de suis & legit.* nec eò minùs tamen heredes remanere etiam post abstentionem *l. cùm quasi* 30. *§. sed etsi suus D. de fid. libert.*) quia quisquis

L. eas 8. De capit. min.

l. si non sortem 26. §. libertus de cond. indeb.

d. l. 3. §. pen. D. de legit. tutor.

l. ei qui soluẽdo 88. D de hered. inst.

quis heres est siue suus, siue necessarius ita repræsentat personā defuncti vt eadem cum ipso persona esse existimetur, sicut & hereditas eandē defuncti personam repræsentabat. *l. heres* 22. De *vsuc.* quā autē personam quis semel induit, exuere numquam potest non magis quàm facere vt diuersus sit à sua persona. At in tutela prorsus aliud est, quia non desinit esse tutela, cùm tutor fit, sed potius tunc demū incipit. Lex enim nō solùm tutelam vt hereditatem defert, sed etiam hoc ipso tutorem facit *l. legitimos* 5. *in princip. D. de legit. tut.* cū tamen heredem etiam legitimū non lex faciat, sed aditio hereditatis per legē delatæ. Rursus non sicut heres personam defuncti repræsentat, ita tutor personam pupilli, saltem vt eam induisse ac suscepisse videatur, cùm pupilli persona aliqua naturaliter & reuera sit, implicet verò cōtradictionē vt vnius personæ duæ sint personæ. Denique sicut eodē tēpore & tutela & tutor incipit, ita eodē quoque tempore finitur, nec tamen similiter legis prouidentiam finiri oportet, quod contingeret si pupillus sine tutore remaneret, cùm mors tutoris nō faciat quin reuera superstes sit pupillus, faciat verò vt consilio & auxilio tantò magis indigeat pupillus, qui adhuc pupillus est. At illud obseruatione dignum est, quod Iustin. scribit in *§. vlt. De legit. agnat. tutel.* agnationis ius capitis diminutione qualibet plerumque perimi. Quasi verò non semper ius familiæ perimatur minima capitis diminutione. Atque ita sentit Cuiacius in prioribus suis cōmentariis ad eum locum. Adferens tres constitutiones, duas Anastasij, tertiam Iustiniani per quas factum est vt post emancipationem quoque agnationis ius superesse videatur. Anastasius enim primùm constituit vt fratres emancipati ad fratrum legitimam successionem, tutelam, & curationem vocentur *§. 1 infr.* De *succ. cognat. §. vlt. infr.* De *gradib. cogn.* Extátque ea constitutio partim in *l. frater* 4. *C. de legit. tutel.* partim in *l. ne lucrum* 5. C. *de curat. furios.* Deinde alia constitutione fecit etiam vt si quis emancipetur ex sacro rescripto secundum formam præscriptam in *l. iubemus* 5. *C. de emanc. lib.* possit impetrare ab Imperatore vt rescripto comprehendatur ne familiæ iura amittat *l. si ab eo* 11. *C. de legit. hered.* Iustinianus verò emancipatorum quoque filiis idem ius concessit vt ad legitimas & hereditates & tutelas vocentur *l. vlt. §. cùm autem & seq.* C. *eod. tit. de leg. hered.* Sed ex omnibus his constitutionibus vna tantùm est quæ mihi videtur ad rem pertinere, Nimirum Anastasiana quæ à nobis secundo loco relata fuit. Ex cæteris enim probare non possis ius familiæ non perimi per minimam capitis diminutionē. Neque verò id fecerunt aut facere potuerunt Imperatores, sed vt perinde post emancipationē salua sint iura hereditatis & tutelæ acsi iura familiæ amissa nō essent, Quemadmodū ab eodē Iustiniano postea factū est vt cognati succedant cum agnatis *Nouell.* 118. *de hered. ab intest. venient.* non quasi sint illi etiam agnati, quod Iustinianus facere non potuit, sed sublato iure agnationis, quod facilè tolli potuit ab Imperatore cùm esset nomen & inuentum iuris ciuilis. *d. §. vlt. de legit. agnat. tutel.*

L. heres 22. *D. de vsuc.*

L. legitimos 5. *in princ. D. de legit. tutor.*

Differentia tutelæ & hereditatis.

§. vlt. De legit. agnat. tutel.

§. 1. infr. De suc. cognat. §. vlt. infr. De gradib. cognat. L. frater 4. *C. de legit. tutel. l. ne lucrum* 5. *C. de curat. furios. L. iubemus* 5. *C. de emanc. liber. l. si ab eo* 11. *C. de legit. hered. l. vlt. §. cùm autē & seq. eod. Nouell.* 118. *de hered. ab intest. venient. §. vlt. de legit agnat. tutel. d. l.* 3. *§. vlt. de legit. tut. De legit. parent. tutel.*

ILLATIO IV.

De quasi legitima tutela parentis qui liberos suos manumisit.

QVartò ex hoc eodem Principio fit vt si parens filium vel filiam vel nepotem vel neptem & deinceps impuberes quos in potestate habebat manumiserit, aut quod hîc idē est, emācipauerit vicē legitimi tutoris sustineat *d. l.* 3. *§. vl.* De *leg. tut.* Immò & legitimus tutor appellatur à Iustiniano in *tit.* De *leg. par. tut.* Exēplo legitimæ tutelæ patronorū, de qua diximus illat. 2. Cùm enim fieri

non soleret olim emancipatio nisi per manumissionem deducto in seruitutē imaginariam eo qui emancipabatur. *l.3.§.vl.D.de cap.min.l.vl.C.de emanc.lib.* consequens erat vt parens qui emancipauerat, etiam manumisisset, ac proinde vt manumissoris ita & patroni iure censeretur *l.1.& tot.tit.D.si à par.quis man.* Qui tamen patroni & manumissoris nomen non assumit, sed retinet nomen patris, quod multò dulcius est, non sic absolutè legitimus tutor dicitur ille vt patronus, sed legitimi tutoris vicē sustinere, quia nec reuera patronus esse potest, cùm seruitus filij emancipati non fuerit vera, sed imaginaria, sed tantùm dicitur eadem habere iura in bonis filij emancipati, quæ habet patronus in bonis liberti. *§.præterea sup.quib.mod.ius patr.potest.soluit.* Et ex hoc nimirum illa etiam proficiscitur differentia inter legitimam hanc parentum tutelam, & cæteras legitimas, quòd cùm cæteræ aut ad patroni liberos, aut ad sequentiū graduum agnatos ex ordine deuoluantur, vt suprà diximus, hæc tamen ad parentis eiusdémque manumissoris liberos non transfertur, sed fiunt illi tutores fiduciarij eius cuius fuerat ipsorum pater tutor legitimus, vt subiicitur ex Modestino in *l.quo defuncto 4.D.de legit.tutor.* & latiùs explicat Iustinianus in *tit.De fiduciar.tutel.* vbi ait Patrono legitimo tutore mortuo ipsius quoq; liberos, tutores legitimos esse, quoniam libertus si seruus mansisset, vtiq; eodem iure apud liberos domini post mortem eius futurus esset. At filius defuncti à viuo patre emancipatus, si non esset emancipatus, sui iuris per mortem patris efficeretur, nec recideret in fratrum potestatem. Ergo nec in tutelam, Ex qua ratione si vera est, intelligimus, si auus qui habebat in potestate sua filium, & ex filio nepotē, emancipauerit nepotem impuberē atq; ita legitimus ipsius tutor factus postea decesserit superstite filio, eodémq; patre emancipati, legitimā illā tutelam quæ apud auum fuerat ad patrem deuolui, quoniam si non esset emancipatus recideret in patris sui potestatem, nihilq; vetat legitima parentum tutela hanc contineri, cùm pater etiamsi manumissor non sit parens tamen sit. Dubitationem nihilominùs hîc facit, quod nullibi mentio fit legitimæ parentum tutelæ nisi cùm agitur de tutela quæ sit penes ipsum manumissorem. Item quia in *l.1.§.penult.D.si à parent.quis manum.* generaliter scriptum est liberos manumissoris non venire ad bonorum possessionem contra tabulas filij, quamuis patroni veniant, Nisi velimus hoc intelligi de iis liberis qui aliud ius nullum habeant, nisi quod sint liberi manumissoris, aliud verò esse in iis qui non tantùm liberi sunt manumissoris, sed etiā parentes manumissi, Quod sanè nō fuerit improbabile. Quænā enim videri potest fieri iniuria nepoti qui ab auo fuit manumissus, cùm si manumissus nō esset, recideret nūc in potestatē patris? Sanè quod in *d.l.1.§.nepos*, scriptum est, auum solum admitti ad nepotis successionem, huic sententiæ non obstat. Procedit enim id cùm auus idémque manumissor superstes est nepoti, nos eum casum tractamus, quo decesserit, auus viuo nepote, qui in patris sui reciderit potestatem. Itaque nihil necesse est vt cum Iacobo Cuiacio dicamus rationem illam qua Iustinianus vsus est in *dict.tit. De fiduc.tut.* aut falsam esse in auo & patre, aut nimis subtilem, Nec rursus vt cum eodem Iacobo Cuiacio melioris rationis loco dicamus non vt liberis patroni, ita liberis emancipatoris lege deberi hereditatē ex *d.§.liberos*, Iā enim diximus posse id & debere intelligi de iis liberis qui nō sint etiā parentes eius qui manumissus fuit. Cur non enim horum diuersa ratio constituatur, cū in eorū potesta-

L.3.§.vlt. de cap.min. l.vlt. C. de emancip. liber. l.1.& tot.ti. Si à parent. quis manu. sit.

§. præterea supr. quib. mod. ius patr.potest soluit.

l quo defuncto 4. D.de legit. tutor. Tit. De fid. tutel.

L.1.§ pen. D.si à parē. quis manu. sit.

d. l. 1. §.nepos.

potestatẽ fuerit recasurus is qui manumissus est,si manumissus non fuisset? At neque video cur cũ Cuiacio dicendũ sit parẽtẽ emancipatorẽ fiduciarium tutorẽ esse non legitimum:cùm legitimã parentũ tutelam dixerit Iustinianus in illo *tit.De legit.parent.tutel.*Fateor si magis propriè loqui velimus,nõ tã legitimũ tutorem dici debere,quàm legitimi tutoris loco esse,vt loquitur Vlp. in *d.l.3.§.vlt.De legit.tutor.*Sed nego esse fiduciariũ propriè,cùm id fiduciarij tutoris nomẽ ei demũ cõueniat,qui neque legitimus tutor,neq; quasi legitimus videri possit,vt sunt inter se liberi manumissoris.Scio Vlpianũ *tit.11.§.4.*ita scribere,vt dicat tutorẽ fiduciariũ appellari eũ,qui liberũ caput mãcipatũ sibi, vel à parente,vel à coẽptore manumisit,pérq; similitudinẽ patroni tutorẽ eũ effici.Sed potest id de coẽptore manumittente intelligi potiùs quàm de parẽte. Coemptor enim sicut nõ nisi fiduciarius pater est,vt ibidẽ rectè Cuiac. interpretatur,ita nõ nisi fiduciarius tutor esse potest.At parẽs sicut nõ minùs legitimus quàm naturalis pater est ante emãcipationẽ,ita & post emancipationem remanet legitimus tutor,non fiduciarius.Tãtò magis quod fit tutor ad exẽplũ patroni,qui verè legitimus est.Nec alia inter eos differentia est,nisi quod per legẽ 12.tab.defertur nominatim patrono hereditas liberti,nõ etiã patri hereditas filij emancipati.Est enim ex prætoris edicto,vt emãcipatus filius exitũ faciat liberti *d.l.1.& tot.tit.D.si quis à parent.man.sit.*Et ideò Vlp.in *d.l.3.§.vl.*nõ ait legitimũ tutorẽ esse,sed legitimi tutoris vicẽ obtinere,quod lõgè aliud est, quàm fiduciarium tutorem esse. Qui enim tantùm fiduciarius tutor est, is neque legitimus est,neque legitimi vicem obtinet, vt colligitur non obscurè ex coniunctione *l.4.eo.tit.*licèt Cuiacius dissentiat,nullã agnoscens differẽtiam inter tutelã quę defertur patri manumissori,& eã quę ipsius liberis,nisi quòd ea quæ patri defertur non tantùm fiduciaria dicatur,sed etiam legitima,quę verò ipsius liberis nõ nisi fiduciaria:Cuius tamen differẽtię quęnã esse ratio possit, non video,si putemus cũ Cuiacio vicẽ legitimi tutoris sustinere hoc casu nihil aliud esse,quàm fiduciariã tutelã habere.Illud multò minùs ferre possũ quod idẽ Cuiacius ad Iust.scribit verba illa *d.l.4.si liberi perfectæ ætatis existãt* Triboniani esse nõ Modestini.Cùm Iustinianus ipse testetur in fine dicti *ti.De fiduc. tutel.*eam fuisse iam olim condicionẽ fiduciarię tutelę, vt non aliis deferretur, quàm qui perfectæ essent ętatis,quod in legitimis tutelis diuersum erat.Quippe cùm legitimę deferrentur,vt diximus agnatis proximis exemplo hereditatũ,nemo autẽ eo minùs sit agnatus proximus quòd sit etiã pupillus, aut minor annis vigintiquinque.At fiduciariæ iis demum quorum fides in tuendo pupillo certissima videretur,ita vt cessante legitima tutela,nõ esset alia persona,cui tutiùs tutela committi posset.Quis verò tantam fidem adhibeat impuberi,aut minori annis,qui sibi ipsi,nec consulere possit,nec fidere debeat? Neque verò hac parte quod ad fiduciariam tutelam attinet Iustinianus quicquã innouauit, sed quod in fiduciaria tãtùm obtinebat, vt tutorẽ ætatis perfectę esse oporteret,id ille generali constitutione ad alias quoque protraxit,id est etiam ad legitimas, & datiuas non tamen ad testamentarias *l.vlt.C. de legit. tutel.*vbi rationem reddit quod ferendum non sit, vt idem & tutor sit & sub tutela constitutus,idem & curator sit & sub alterius cura agat, ne & nominum & rerum fœda confusio inducatur. Non æquè illud reprobo,quod idem Cuiacius notat aliis plerisque locis in quibus scilicet de fiduciaria tutela non agitur eam condicionem *si perfectæ ætatis sint* additam esse à Triboniano respiciente ad su-

Tit. De legit. parent. tutel.

d.l.3.§. vlt. de legit. tutor.

Vlp. in frag. tit.11.§.4.

Legitimi tutoris vicem obtinere & fiduciarium tutorem esse differentia sunt.

d.l.4. D. de legit.tutor,

L.vlt. C.de legit.tutel.

l. tutela 16. §.1. D. de tutel. l. si reliquero 8. D. de legit. tutor. l. 1. D. de fideiuss. tut.

prædictam Iustiniani constitutionem, vt in *l. tutela* 16. §. 1. D*e tutel. l. si reliquero* 8. D. *de legit. tutor. l.* 1. D. *de fideiuss. tutor.* vbi valde ineptè meo iudicio ad Pomponium tractantem non de tutore, sed de tutoris herede, quem lex ait explicare debere omnia quæ fuerunt per defunctum inchoata, subiecit Tribonianus condicionem *si legitimæ ætatis & masculus sit.* Quasi verò tutelæ obligatio à defuncto contracta ex persona ipsius heredis, siue pupillus, siue fœmina reperiatur, vel imminui debeat, vel immutari: contra regulam *l. 2. §. ex his* D. *de verbor. obligat.* ac non potiùs per ipsius heredis eiusdémque impuberis tutorem prouideri, vt ea omnia ipsius nomine fiant, quæ ille per seipsum si perfectæ ætatis esset facere cogeretur, Alioqui cur pupilli pubertatem expectare debeat is qui neque cum pupillo, neque cum ipsius decessore contraxit, aut ex eius ætate damnum aliquod subire? *l. 3.* D. *quib. ex caus. in possess. eat. l. Æmilius* 41. D*e minor. l. sub prætextu* 4. C. *de heredit. action. l. si intra* 8. *in fin. C. de non numer. pecun. l. si tibi* 8. *C. mandat. l. sed cùm ab herede* 12. D. *ad SC. Trebell.* Nec sanè Iustiniani constitutio de tutoribus tantùm lata ad hunc casum pertinet, vt proinde tantò minùs ignoscendum sit Triboniano, qui Pomponij sententiam & consequenter ipsam iuris rationem quantum in ipso fuit, corruperit. Quod autem monuimus eam constitutionem ad testamentarios tutores non pertinere non sic accipi volumus, quasi existimemus minorem annis vigintiquinque testamento tutorem datum ante legitimam ætatem tutela onerari posse: sed hoc sensu, vt nil necesse fuerit hac parte quicquam immutari ex iure vetere, ex quo iam obtinebat, vt si quis minor annis tutor datus esset, is non priùs tutor esse inciperet quàm ætatem legitimam cōpleuisset *§. furiosus qui testam. tutor. dar. poss. l. quæro* 32. *§. vlt.* D. *de testam. tutel.* benigna scilicet interpretatione voluntatis defuncti, quem credendum est cùm filio tutorem dedit ei quàm optimè facere potuit prospicere voluisse: quòd vtique non posset videri fecisse dando tutorem eum qui ipse tutore, vel curatore indigeret. Vnde etiam est quod furiosus testamento tutor datus sub ea condicione datus intelligitur, Cùm mentis compos erit *d. §. furiosus. & l. furiosus* 11. *D. de tutel.*

l. quæro 32. §. vlt. D. de testa. tutel.

ILLATIO V.

De satisdatione à legitimis quoque tutoribus præstanda.

QVintò ex eodem Principio fit, vt legitimi tutores nō minùs quàm qui à magistratu dantur, satisdare compellantur. Rem pupilli saluam fore *l. legitimos* 5. §. 1. D. *de legit. tutor.* Cùm enim lex 12. tab. sicut hereditatem ita & tutelā deferat proximo agnato sine delectu ætatis, aut iudicij, aut fidei & probitatis, atque ita plerumque eueniat pertinere tutelam ad eum qui rē pupilli malè profligaturus esset si non pupillo prospiceretur, conueniens fuit præ cæteris omnibus tutoribus hos potissimum satisdatione onerari quibus lex tutelā daret. Nam in his qui à magistratu dantur potest interdum non esse necessaria cautio si fortè, quod plerumque fit, dati sint ex inquisitione. Fides namque inquisitionis pro vinculo cautionis cedit *l si impuberi* 13 *in fin.* D. *de tutor. & cura. dat. l. bonorum* 8. D. *de curat. furio.* At nulla inquisitio fit in tutores datos à lege. Adeò autē verū est legitimos tutores satisdare cōpelli, vt nec patroni ipsi excipiantur, eorū verò liberi multò minùs *d. l.* 5. §. 1. D*e legit. tut.* vbi tamē subiicitur: melius

l. legitimos 5. §. 1 D. de legit. tutor.

l. si impuberi 13. in fin. D. de tutor. & cur. dat. l. bonorum 8. D. de curat. furios. d. l. 5. §. 1. de legit. tut.

melius esse, vt prętor non nisi causa cognita hoc statuere debeat, vtrum scilicet debeat satisdare patronus liberíque eius an non, Vt si persona patroni honesta sit remittatur ei satisdatio, & maximè si liberti substantia modica sit. Si autem patroni persona vulgaris, vel minùs honesta sit, ibi dicendum sit locum habere satisdationem, vt denique aut modus tutelæ, aut persona, aut causa admittat satisdationem. Quamquam tota hęc distinctio mihi non parum suspecta est. Etsi enim ab æquitate non abhorret si eam spectes reuerentiam, quæ patrono patroníque liberis à liberto debetur, tamen à iuris ratione pupillorúmque vtilitate quæ spectari potissimùm debet aliena esse videtur. Tunc enim maximè legitima tutela satisdationem exigit cùm patrono defertur, ne alioquin eueniat, vt quantumuis malè fuerit administrata miser tamen libertus non facile contra patronum agere audeat, multò faciliùs & vtilius contra patroni fideiussorem acturus si quis esset. Fatendum tamen est cum Papiniano in *d.l.si impuberi* 13.§.1. *De tutor. & curat.dat.* non facilè cautionem hanc exigi à patrono, propter ipsius nimirum reuerentiam, quæ & alia pleraque contra iuris rationem extorsit. *d.l.si impuberi 13.§.1.*

ILLATIO VI.

De tutela vni ex pluribus etiam legitimis tutoribus decernenda.

SExtò ex eodem Principio fit vt in legitimis tutoribus sicut & in his qui à magistratu dantur, tutela vni decerni possit *d.l.5.§.in legitimis D.de legi.tut.* Quid enim si quidam ex agnatis proximis, vel furiosi sint, vel absentes? Non eo minùs erunt tutores, quia nec furor, nec absentia tollit spem legitimæ successionis sicut ius agnationis, nec gradus proximitatem. Sed tamen quia nec absens, nec furiosus tutelam administrare potest, vtilitas pupilli exigit, vt vni ex iis qui in eodem gradu agnationis sunt, qui & præsens & prudens sit administratio mandetur. Separanda igitur hîc est, vt alibi sæpe tutelæ administratio à tutela. Nam & hoc casu tutela penes omnes erit, Tutelæ autem administratio penes eum solum cui fuerit à magistratu decreta & mandata. Tutela ipsa datur à lege: Tutores enim legitimos nemo dat, sed lex duodecim tabularum facit tutores, & consequenter ipso iure tutores sunt, quamuis absentes & furiosi *dicta lege* 5.*in princip.* At tutelæ administratio mandatur à magistratu prout exigit vtilitas pupilli. Ideóque dicimus tutelam esse iuris, tutelæ verò administrationem iurisdictionis *l.inter tutores* 36.*De administr.tutor.* Subinde quærit Vlp. in *d.l.* 5. *vers.an ergo.* An cùm plures sunt eiusdem gradus tutores, legitimi possint se inuicem prouocare, si qui eorum ambiant administrationem, eámque sibi solis deferri velint, vt scilicèt offerendo satisdationem præferantur cæteris qui satisdare, vel nolint, vel non possint, nō vt soli sint tutores, quod fieri nequit, sed vt soli habeāt administrationem. Et ait magis esse, vt si non omnes satisdederint, vel si finita sit satisdatio (nonnumquam enim satisdatio ab eis non petitur, aut satis cautum esse desinit, inopibus factis fideiussoribus, aut si magistratus municipales ab his quos dederint, aut nō potuerunt, aut noluerūt satis exigere, dicēdū sit in his casibus in quibus cautum non est admittēdā esse prouocationē, Nimirū propter vtilitatē pupillorū, quorū sanè interest, vt cæteris paribus eos habeāt si nō tutores saltem administratores per quos magis cautū eis sit. Vnde etiam fit vt

d.l.5.§.in legitimis D. de legit.tut.

Alia causa administrationis, alia tutela.

L. inter tutores 36.D. de admin. tutor.

d.l. 5. vers. an ergo.

in tutoribus testamento datis tametsi non cogantur satisdare rem saluam fore si quis tamen ex eis cùm plures à testatore nominati sunt, offerat satisdationem, vt solus administret audiendus sit & aliis omnibus præferendus si modò reliqua sint paria, nec illi etiam satisdare parati sint, alioqui non debent excludi alterius oblatione, vt idem Vlpianus tractat in *l. testamento* 17. *D. de testa. tutel.* Sed hîc eadem exceptio adhibenda est quæ in præcedenti illatione ratione tutelæ patronorum: Nec enim admittenda est in patronis prouocatio maximè in illis casibus in quibus necessaria satisdatio nō est, Nisi ex magna causa, Ne spes successionis quā patroni omnes æqualē habent aliis per alios diminuatur. Nā si nō omnibus patronis tutela cōmittatur, periculū est ne is cui cōmissa nō est damno afficiatur per cōpatronū, qui solus rē pupilli malè administret *d. l.* 5. *§. pen. De legit. tutor.* Quę tamen ratio qualis sit ego vt verū fatear nō intelligo. Quomodo enim per cōpatronū qui solus malè administret dāno afficietur alius patronus cui fuerit bene cautum per satisdationē? An non securus est omni casu is qui satis accipere maluit quàm administrare *dict. l. testamēto* 17. *in fine principij De test. tutel.* At ratio hęc bona est in patronis, cur ergo aliud respondetur in agnatis? An nō & illi ęquè iustā ac probabilem successionis spem habēt à lege si agnati tātùm sint, adeóque à natura si sint etiā cognati? propter quod nimirū etiā tutores à lege fiunt. Itaque vel ex hoc maximè loco apparet verū esse quod pręcedenti illatione monuimus nō sibi temperasse Tribonianū quin totā hanc Vlpiani disputationē corrūperet. Nihil enim ei familiarius est quàm vt id faciat, & quidem rationibus, vt plurimùm absurdis & ineptis, itémque additis illis verbis *nisi ex magna causa*, vt & in *l. 1. in fi. D. de vsufr. lega.* quod & ostendunt verba illa tam insulsè bis repetita Triboniano more *An ergo &c.*

l. testamento 17. D. de testam. tutel.

d. l. 5. pen. de legit. tut.

d. l. testamēto in fin.

Tribonianismus apud Vlpianum.

ILLATIO VII.

De tutela legitima etiam illo casu quo testamentum factum sit.

SEptimò ex eodem Principio fit, vt si pater testamentū quidem fecerit, sed in eo tutorē nullum filio dederit perinde legitimę tutelę locus fiat, acsi testamentū nullū factum esset, quia scilicet quod ad tutelā pertinet, verū est patremfamilias intestatum decessisse *l. intestato 6. D. de legit. tutor.* Cùm enim lex 12. tabu. permiserit patrifamilias, vt non tantùm de familia pecuniáque sua, sed etiam de tutela legem quam velit dicere possit, qui de pecunia & familia tātū testatur nō etiā de tutela, nō equidē dicitur pro parte testatus & pro parte intestatus, cùm habeat heredem qui personā ipsius in solidū repręsentet, sed tamen non eò magis potest dici testatus quātū ad tutelam, quæ scilicet nihil cōmune habet cum iure familię & hereditatis. Ex quo intelligimus legitimas tutelas dici, nō quę iis deferantur qui ab intestato successuri sint (quid enim si pater filio impuberi pupillariter substituerit extraneos?) sed qui omnimodo successuri essent ab intestato si testamentū pater filio non fecisset, quique etiā citra voluntatē patris successuri sunt impuberi si quando ille post annos pupillares sine liberis moriatur: cùm pupillare testamentū quod pater filio fecerit pubertate finiatur, aut potiùs extinguatur & irritum fiat *l. in pupillari. 14. & pass. De vulg. & pup. subst.* Sed etsi pater testamētō tutorem filio dederit, nō tamen omnino legitimus tutor excludetur, quia si tutor ille testamento datus adhuc filio impubere manente decesserit, legitima ad proximum agnatum qui tum fuerit

l. intestato 6. D. de legit. tutor.

Legitimæ tutelæ quæ dicantur.

fuerit reuertetur *d.l.intestato in fin.* De quo scripsimus illat.3.supr. *d.l.intestato in fin.*

ILLATIO VIII.

De tutela legitima pluribus eiusdem gradus agnatis deferenda.

OCtauò ex eodem Principio fit, vt queadmodũ si plures sint gradus agnatorũ qui proximus gradu est tutelã solus nanciscitur, ita & si plures eodẽ gradu sint, omnes simul & ęqualiter tutelã nãciscantur *l.si plures 9.D.de legi. tut.* Æquè enim proximi sunt, qui eodẽ gradu sunt, adeóq; etiãsi proponas nullos esse vlterioris gradus agnatos, Proximus siquidẽ ille dicitur nõ qui aliquẽ, sed quẽ nemo antecedit *l.qui duos 9.in fine prin.D.de reb. dub.l. proximus 92.l. proximi 155 l.in vulgari 162.De ver.sign.* Nec rursus quicquã vetat in eodẽ gradu plures personas esse, quarũ proinde ius par & ęquale esse necesse est. Itaq; cũ lex 12.tabul. sic locuta est *agnatus proximus familiã habeto* in numero singulari, nõ personę, sed gradus singularitatẽ & proximitatẽ demonstrauit. Sicut & in illis pręcedẽtibus, *si suus heres non erit* sui heredis nomine cõplexa est quotquot possunt esse in eiusdẽ patris familia sui heredes, etiãsi sint diuersi sexus. Quod cùm ita sit non video qua ratione verum esse queat quod scribitur ex Paulo in *l si reliquero 8.eo.* Si reliquero filiũ impuberẽ & fratrẽ ipsius & præterea nepotem ex alio filio vtrosq; esse tutores. Constat.n. quòd si impubes hic decederet intestatus, heredẽ legitimũ esset habiturus fratrẽ solũ, non etiã prędefuncti fratris filiũ, Nec enim fratris filius cũ patruo in patrui successione olim cõcurrere poterat, cùm vno gradu esset remotior, nec ius repræsentationis inter transuersales locũ haberet *l.3.l.lege 14 §.pen.ver.scilicet si frater C. de legit. her.* Sed illud multò magis me mouet, quod apud Paulũ rationis loco adiectũ video, *quia autẽ gradu sunt.* Id enim nõ solùm olim falsum erat, vt ex supradictis locis apparet, sed nec hodie verũ esse potest quamuis Iustinianus *Nou.127.vt fratr.fily succed.parit.& Nou.118.de her.ab intest.venient.c.3.de succes.ex later.venient.* vnde sũpta est *Auth.cessante C.de legit.her.* fratrũ filiis cõcesserit ius repręsentationis quod olim non habebat locũ nisi inter descẽdẽtes *§.cùm filius infr.De her. quæ ab intest.defer.* Nec enim Iustinianus fecit, aut facere vllomodo potuit, vt fratris filius in eodem gradu sit in quo & frater (siquidem gradus à natura præscripti & distincti sunt, ac siue gradus cõputes secundum ius ciuile ita vt frater sit in secundo gradu, siue secundum ius pontificiũ constituas fratrem in primo gradu nũquã poteris facere, vt fratris filius non sit remotior vno gradu quàm frater) sed concedendo fratrũ filiis ius repræsentationis illud tantùm induxit, vt fratris filius licèt vno gradu remotior sit, perinde tamẽ cũ patruo cõcurrere possit in patrui successione acsi in eodẽ gradu esset: Vt pluribus à nobis tractatum est in disputatione illa nostra forensi. De patrui hereditate inter solos fratrũ filios in stirpésne an in capita diuidenda. Itaq; dubitare meo iudicio nemo potest quin locus ille Pauli corruptus sit à Triboniano respiciente ad supradictas Iustiniani cõstitutiones. Idq; à viro doctissimo Iacobo Cuiacio non fuisse obseruatum miror, cùm in eadem lege obseruauerit ille (quod coniecturam & sententiã nostrã valde adiuuat) eiusdẽ Triboniani esse verba illa *si perfectæ ætatis sint,* quæ proculdubio Pauli esse nõ potuerũt, cuius quippe tẽporibus ita ius erat, vel legitimæ tutelæ impuberibus quoque deferrentur, vt suprà diximus illat.4. Nec quicquam est quod scrupulũ facere possit, vt ab interprete aliquo eóque valde imperito potiùs quàm à Triboniano ea verba supposita fuisse videantur, Nisi quod neque post Iustiniani constitutionẽ, vt diximus, verum est fratrẽ fratrisque filiũ in eodem gradu esse. Sed potest dici Tribonianũ

l.si plures 9. D. de legit. tutor.

Proximus quis dicatur.

l si reliquero 8.eod tit. De legit.tutor.

l.3.l.lege 14. § pen. C. de legit.hered.

Nouell.127. vt fratr. filij succed. par.& Nou. 118. De here.ab intest. venien. c. 3.

Tribonianismus apud Paulum.

ita scripsisse æstimantē gradus nō ex sanguine,sed ex iure succedendi. In eodē nāmque gradu quod ad ius succedēdi attinet,eos esse necesse est,qui simul succedunt,licèt alioquin à natura disparē habeant gradū.Planè idē Tribonianus in §.vlt.Inst.de capit.dimin.posteaquàm scripsit tutelā ad omnes agnatos pertinere si plures sint eiusdē gradus exemplū ponit, Veluti inquit si plures fratres sint,nec quicquā addit de fratrū filiis,quos nimirum certū erat cū patruis suis concurrere nō posse,cùm eo tēpore nondū factæ essent nouellæ illæ constitutiones quę iis ius repræsentationis indulserunt.Ex quo suspicari licet non tantùm Codicis quo vtimur,sed etiā Pādectarū libros esse repetitæ prælectionis,Eiúsque rei argumēta penè innumera extāt in tot legibus quas à Triboniano fuisse deprauatas cernimus,vt eas accōmodaret ad ius nouū quod Nouellis primùm Iustiniani constitutionibus fuit introductum. Sic è contrario si quis fratris filius sit impubes,& patruū habeat & fratrem, habebit legitimū tutorē fratrem solum non etiā patruum,non alia ratione quàm quod frater in proximiore gradu sit,quàm patruus. Cùm tamen eadē prorsus sit proportio inter patruū & fratris filium cōparatione alterius patrui quæ est inter eosdem cōparatione illius qui sit frater fratris filij.Nūquā ergo patruus & fratris filius eodē gradu sunt.*l.agnato* 10.*eo.tit.De legit.tut.*vbi Hermog.ait patruū esse legitimū tutorē fratris filij habentis sororē cōsanguineā:Non quasi sit in eodē gradu,ac cæteris paribus debeat masculus præferri fœminæ in tutela, sed quia fœmina etiā quę sit propior agnato non obiicitur ei quominus sit legitimus tutor impuberis agnati,vt in prin.eiusdem legis scriptum est,Vnde nec matertera patruo magno nec amita fratris filiis obstāt ne sint isti tutores, quamuis sint illæ proximiores,vt sequitur in eadem lege.Cùm enim dicimus legitimam tutelā proximo agnato deferri,præsupponimus terminos habiles, qui & aliàs semper sunt præsupponēdi,hoc est quod proximus ille agnatus tutor esse possit.In quo numero nō possunt esse mulieres,quæ propter sexus cōdicionē impediūtur ne tutelā,quod virile officium est,gerere possint *l.tutela* 16. *D. de tutel.*Eadémque ratio facit, vt surdus & mutus quāuis agnati proximi sint non magis tamen legitimi tutores esse possint,quàm vel testamento,vel à magistratu tutores dari *d.l.agnato in fin.*Quid enim refert an cōdicione sexus an valetudine impediatur quis ne tutor esse possit?Pupilli melior olim causa fuit, Etsi.n.nō magis alienis quàm propriis rebus cōsulere posset, legitimus tamen tutor esse poterat quasi qui per tutorē suū posset gerere alterius tutelā sicut & cętera negotia omnia,suppleto nimirū iudicio & consilio pupilli per iudiciū & consiliū tutoris,Propterea quòd vt alibi monuimus certū est ętatē allaturā esse iudiciū pupillo,at non æquè restituturā ei sanitatem,siue mētis,siue corporis.Id enim semper in euentu incerto positū est *l.ambiguitatem* 12.*C.de vsufr.* De illo sanè qui audit minùs,id est tardiùs,nec dubitatio est,quin tutor esse possit,nec tantùm legitimus si idem agnatus proximus reperiatur,sed etiam testamentarius & datiuus *l.vlt.eod.tit.De legit.tutor.*Sed & alia ratio impedit ne mutus & surdus tutores esse possint,Nempe quòd nec ipsi tutorē habere possunt,nisi sint etiā impuberes,sed curatorē tātùm vt & cęteri omnes,qui alia de causa qualibet pręterquàm ętate prohibētur ne suis rebus superesse possint *l.his qui* 12. *D. de tut.& cur.dat.l.*2.*D.de cur.furios.*Quomodo igitur fieri posset,vt ex persona muti, vel surdi videretur tutor esse impuberis agnati ille qui nec ipsius muti, aut surdi eiusdémque proximi agnati tutor esset,at curator dūtaxat? In pupillo autem qui tutorem habet non idē tractari potest:Nihil enim vetat ex persona pupil-

§.vlt.infr.de capit. diminut.

l.agnato 10. *D. de legit. tutor.*

l.tutela 16. *D. de tutel. d. l.agnato in fin.*

l.ambiguitatem 12.*C.de vsufr.* *l.vlt.de legit. tutor.*

l.his qui 12. *De tutor.& curat.dat l.* 2.*D. de curat.furios.*

na pupilli eiusdémque agnati, tutelam alterius impuberis gerere illum qui legitimi tutoris sit tutor.

PRINCIPIVM III.

De curatore furiosi, dementis, & prodigi.

L*Ex duodecim tabularũ furiosum, itémq; prodigũ cui bonis interdictũ est in curatione iubet esse agnatorũ*, vt Vlp. scribit in *fragm. tit.* 12. *De curat.* §. 1. & in *l.* 1. *in pr. l. sæpe ad aliũ* 13. *D. de cur. furios. l.* 1. *& l. vlt.* §. *sin autẽ testamentũ C. eo.* Ac de furioso quidẽ ea fuerũt verba legis 12. tab. *si furiosus exstet, agnatorũ gentiliũmq; in eo pecuniáq; eius potest as esto*, vt refert Cicero *lib.* 2. *De inuent. & lib.* 1. *Reth. ad Heren.* itémq; *lib.* 1. *Tuscul.* vbi monet legẽ de furioso locutã esse nõ de insano vt & Iureconsulti nostri passim separant furiosum ab insano, aut quod idẽ est à demente vt in *l.* 2. *D. de inof. test. l. tam dementis* 21. *C. de episc. audient. l. si furiosi* 25. *D. de nup. l. vlt. C. de adm. tut.* Insaniã enim seu stultitiã & dementiã censuerũt veteres nihil aliud esse quàm mentis inconstantiã sanitate vacantẽ, sed quæ tamen officiorũ mediocritatẽ tueri possit. Furorẽ verò rati sunt esse mẽtis ad omnia cæcitatẽ. At de prodigo quænã fuerint verba legis 12. tab. nõ ęquè scitur, & difficilior coniectio est, Præsertim cũ scribat Vlp. in *d. l.* 1. moribus ab initio introductũ illud esse. Ita innuens ius hoc moribus introductũ, lege ipsa 12. tab. vetustius fuisse: Alioqui non posset dici moribus introductũ quod in executione legis alicuius per multa secula obseruatum fuisset. Auget dubitationẽ quod ibidẽ Vlp. subiicit in hæc verba, *sed solent hodie prætores, vel præsides si talẽ hominẽ inuenerint, qui neq; tẽpus, neq; finẽ expensarũ habeat, sed bona sua dilacerãdo & dissipando profundit, curatorẽ ei dare exẽplo furiosi*, Quid enim necesse est, siue furioso, siue prodigo curatorẽ dari à prætore si sunt illi in curatione agnatorũ ipso iure? Puto ego ius interdictionis bonorũ faciẽdæ prodigo de qua Vlp. loquitur in *d. l.* 1. fuisse vetustius lege 12. tab. tanquã moribus magis quã ea lege inductũ, Idq; apparere ex eo, quod idẽ Vlp. *d. ti.* 12. §. 1. sic loquitur vt dicat legẽ 12. tab. iubere, vt in agnatorũ curatione sit nõ omnis prodigus, sed is demũ cui bonis interdictũ sit scilicet à magistratu. Neq; enim fieri potuit, vt interdictio illa esset iuris, sed necesse semper fuit esse iurisdictionis, quia vtrũ prodigus quis sit & talis cui bonis interdici debeat, in facto nõ in iure cõsistit, quemadmodũ & illud vtrũ quis sit furiosus. Et sicuti prius est, vt furiosũ quẽ esse appareat quàm vt cũ lex 12. tab. constituat in agnatorũ curatione, ita & vt quis prodigus fuerit declaratus; Quod tamen vt fiat vix euenire potest, quin eodẽ decreto eadémq; formula prudens magistratus prodigo bonis interdicat. In eámque rẽ sollẽnia erãt verba illa, quæ Paulus refert *lib.* 3. *sent. tit.* 4. *Quando tu bona patria auitáque nequitia tua disperdis, liberósq; tuos ad egestatem perducis, ob eam rem tibi ea re cõmercióq; interdico.* Quibus verbis prolatis, tum verò reperiebatur ipso iure cõstitutus in potestate & curatione agnatorũ is, qui prodigus declaratus erat, non secus acsi furiosus prõnũciatus fuisset. Sed tamen cùm eueniret plerũque vt agnatus proximus, vel aliquis ex pluribus agnatis eiusdem gradus non multò sanioribus esset moribus, essérque nõ modò absurdũ, sed etiã periculosum hominis, siue prodigi, siue furiosi curã ei cõmitti qui ipse fortassis in eo esset, vt curatore potiùs indigeret, paullatim recessum est ab hoc iure legis 12. tab. visúmq; melius, vt tã furioso quàm prodigo prætor curatorẽ daret ex inquisitione §. *furios. inf. De cur.* Nimirũ, aut agnatos omnes si sint eiusdẽ gradus & ęquè habiles ad eam curã suscipiendã, aut ex illis eũ qui prætori cõmodior videatur, vt scili-

l. 1. *l. sæpe* 13. *D de curat. furios. l.* 1. *& vlt. C. eod.*

Quid sit demẽtia, quid furor.

d. l. 1. *D. de cura. furios.*

Verba sollennia interdictionis.

cet à lege 12.tab.recedat prętor quã minimũ fieri poteſt.Planè ſi agnati omnes aut moribus ſuis,aut qua alia ratione impediantur ne furioſi, aut prodigi rem bene gerere poſſint,non dubitabit prætor etiam extraneum,id eſt,qui agnatus nõ ſit curatorẽ dare *d.l.ſæpe 13.D.de cur.fur.*quoniã id ſicut ex re& vtilitate furioſi,vel prodigi eſt,ita & ad publicã vtilitatẽ pertinet.Iſque meo iudicio ſenſus eſt Vlp.in *d.l.1.*ex quo loco ſumi poteſt elegans diffinitio prodigi,vt prodigus ille ſit,qui neque tẽpus,neque modum,neque finẽ expenſarũ habet.Cuius eandẽ quam furioſi rationem eſſe tam apud legem 12.tab.quàm apud prætorẽ mirum non eſt,cùm quod ad patrimoniũ ipſius ſpectat furioſum faciat exitum,vt loquitur Vlp.in *l.his qui 12.§.vlt.De tut.& cur.dat.*id eſt cùm talis ſit, vt quamuis ex ſermonibus cõpos ſuæ mentis eſſe videatur,ſic tamen tractet bona ad ſe pertinentia,vt certũ ſit,niſi ei ſubueniatur deductum illum iri in egeſtatẽ,ſicut ibidem ex reſcripto Diui Pij Vlpianus ait.Quare nec mirũ eſt furioſo & prodigo cõmune illud eſſe,vt ambo ſint in curatoris poteſtate,in qua poſtea eſſe deſinant ipſo iure,ſtatim atque furioſus ſanitatem mentis, prodigus verò ſanos mores receperit *d.l.1.*In eóq;diuerſa ratio eſt curatoris qui furioſo, vel prodigo datur,&eius qui minori annis vigintiquinq;.Hic enim non habet minorẽ in poteſtate,Vnde eſt quod nihil facere poteſt nomine minoris,Præſertim verò eorũ quæ perſonã & factũ minoris deſiderant,ſed ea debet minor ipſe facere cũ curatoris autoritate *l.cũ in vna 17.§.1.D.de app.*vbi &,quod magis eſt,negatur vtilẽ eſſe autoritatẽ curatoris ad acquirendã hereditatem, quia ſcilicet factũ perſonæ,quo opus eſt tale eſt,vt afficiat perſonã eámq;faciat heredẽ,Curator autẽ minoris non perſonæ,ſed bonis eius datur itémq; curator pupilli tutorẽ iã habentis.Nã & de illo loquitur Modeſtinus in *d.l.cum in vna 51.* Quamquã hac parte,id eſt cùm agebatur olim de acquirenda hereditate nõ erat maior autoritas curatorũ furioſi quàm minoris,Nec enim poterat ille, aut hereditatẽ adire nomine furioſi,aut furioſo adeunti hoc eſt aditionis verba ſolẽnia proferenti autoritatẽ præſtare.Cùm planè abſurdũ vtrumq; videretur,vt vel hereditatẽ adiret is qui non eſſet ipſe inſtitutus,vel is qui aut aditionis verba nõ intelligeret iudicio prorſus & cõſilio carens *l.vl.§.ſin autem ex alia C.de cur.fur.*vbi Iuſtinianus,ſiue dubitationis veteris tollendæ,ſiue noui iuris conſtituendi gratia poteſtatẽ dat curatori furioſi non vt hereditatẽ adeat,aut vt furioſo bonorũ poſſeſſionẽ petenti autoritatẽ præſtet,ſed vt eius nomine agnoſcat eã bonorũ poſſeſſionẽ quæ antea ex decreto dabatur,id eſt cauſa cognita,Cùm ex edicto nõ daretur niſi ei qui eſſet ipſe vel heres inſtitutus,vel filius,vel agnatus,vel cognatus proximus qualis ſi furioſus eſt,furioſi curator eſſe nõ poteſt. Itaque decretũ neceſſariũ olim erat atque ita accipiendũ quod de bonorũ poſſeſſione per curatorẽ furioſi nomine agnita ſcriptũ eſt in *l.1.D.de bon poſ fur.&* *in l.ſi ad pupillum 11.D.de aut tut.*Prodigi alia ratio fuit:Potuit enim ille ſibi delatam hereditatẽ adire *l.mutum 5.§.1.*D.*de acq. her.* adeóque ſine curatoris ſui autoritate(eſt namq;inutilis in hanc rem autoritas curatoris *d.l.cum in vna* 17. *§.vl.*De *app.*)Sed an ita fortaſſe ſi damnoſa non eſſet.Qui enim damnoſam hereditatẽ adit cùm hoc ipſo ſe obliget æri alieno,vt quãuis nõ ſit ſoluendo hereditas de ſuo tamen creditoribus teneatur *l.more 8.de acq.her.l.qua dotis 33.D. ſolut.matr.*patrimonium ſuum proculdubio diminuit quod facere nullomodo poteſt is cui bonis interdictũ eſt.Acquirere enim ei permittitur non diminuere *l.is cui bonis 6.D.de ver.oblig.*Loquor de eo cui bonis interdictũ eſt,non de prodigo ſimpliciter,quia prodigus,quãtumuis apertè prodigus vtiliter alienat

l.his qui 12. §.vlt. D.de tutor.& curat.dat.

l.cum in vna.17.§.1.D. de appellat.

l.vlt.§. ſin autẽ ex alia C. de curat. furioſ.

l.1.de bonor. poſſ. furioſ. l. ſi ad pupillum 11. D.de autor. tutor.

l. mutum 5. §.1.D.de acquir. hered.

l.is cui bonis 6.D.de ver. obligat.

& quo-

& quoquomodo contrahit quousque fuerit ei interdictũ *l.tres tutores* 55.§.*vlt.* D.*de adm.tut.* Non esse autẽ nouã distinctionem illam nostram, vtrum heredi tas à prodigo adita sit lucrosa necne, colligi potest ex eo quod Caius de pupillo tractans in *l.obligari* 9.§.*hereditatem* D.*de aut.tut.* scribit non posse illũ sine tu tore adire sibi delatam hereditatẽ quamuis lucrosa sit, nec vllũ habeat damnũ. Neque enim absurdũ est pupillum minus iuris hac in re habere quàm prodi gum, cùm pupillus iudicio prorsus careat in omnibus, prodigus verò in eo dũ taxat quod ad rerũ suarum administrationem pertinet, aut potius quod ad sum ptus faciendos, quibus quoniam nescit parcere ob eam solam causam malè res suas gerit, potiùs quàm quòd earum bene gerendarũ rationem non intelligat. Vnde & illud fit, quod proximè diximus vt quæcunque geruntur per eũ qui sit apertè prodigus non eo minùs valeant, nisi sit ei bonis etiã interdictũ, quia ni hil in prodigo est, neque deest, propter quod debeant irrita esse aut fieri quæ per prodigum geruntur si tollas autoritatẽ interdictionis. Verùm hæc ipsa ratio facit vt quod generaliter & indistinctè scriptum est in *d.l.*5.§.1. *De acq.her.* eum cui bonis interdictum est, posse adire hereditatem generaliter quoque & indistinctè accipiendum sit, tametsi hereditas sit damnosa, quoniam videtur id esse extra causam interdictionis, cùm is qui adit hereditatem hoc ipso nihil ex propriis bonis diminuat, sed ex alienis acquirat, si id quod principaliter agitur spectemus. Fateor obligari eum æri alieno, & consequenter fieri pauperiorẽ si hereditas non sit soluendo. Sed nõ solet spectari nisi quod principaliter agitur non etiam quod euenit per consequentias *l.*1.*l.quod dicimus* 7.D.*de aut.tut.* Alioqui difficile erit vt vllo casũ possit prodigus cui bonis interdictum est adire hereditatem quantumuis reuera lucrosam, cùm neque possit adire sub illa con dicione si hereditas soluendo erit *l.eum qui duobus* 51.§.*vlt.de acq.her.* (siquidẽ aditio actus legitimus est qui nec diem recipit nec condicionem *l.actus legiti mi* 77.*De reg.iur.*) neque fieri queat vt sub specie opulẽtissimæ hereditatis nõ lateat periculum æris alieni quod tandem post multos annos possit emergere *l.*4.D.*ad SC.Treb.* Proinde nullum tempus erit quo sciri certò possit an hic prodigus factus sit heres per aditionem, non magis quàm vtrum aliquo tẽpore futurum sit vt æs alienum emergat, quod nondum sit exploratum. Atqui he reditatis aditio cùm sit actus legitimus vt diximus manere in suspenso, non po test, nec proinde acquisitio quæ fit per aditionem. Ergo necesse est ita ius con stitui vt prodigus etiam cui bonis interdictum est, vel adire sibi delatam here ditatem nullomodo possit, vel si potest, hoc ipso statim fiat heres tametsi here ditas sit dãnosa. At, inquies, ita fiet vt adeũdo ex bonis suis diminuat quantũ erit necesse ad exsoluendũ æs alienũ quod futurũ sit supra vires hereditatis. Verùm iam diximus parũ id curandum esse cùm nõ fiat nisi per cõsequentias, Ne aliter posito iure paullatim dici incipiat non esse permittendum prodigo cui bonis interdictũ fuit vt sibi delatã hereditatẽ adeat quãtumlibet opulentã, atque ita in prodigorũ necem conuertatur quod in euidentissimã eorundẽ vtilitatẽ cõstitutum est cõtra *l.nulla* 25.D.*de legib.l.quod fauore* 6.C.*eo.l.sancimus* 7.C.*ad SC.Treb.l.generaliter* 5.§.1.*in fin.*C.*de secund.nup.* Verũ quia dici solet pro hibita alienatione censeri quoque prohibita omnia per quæ ad alienationem peruenitur, puta obligationẽ, pignoris dationẽ & alia huiusmodi de quibus in *l.vl.*C.*de reb.alien.non alien.* iunct.*l idémque* 16.§.1.D.*pro socio.l.oratio* 16.D.*de sponsal.l.ait prætor* 7.§.*quid sit autem* D.*de iur.delib.l.scire oportet* 21.§.1. D.*de tut.vel cur.dat.* Respondeamus apertiùs & certiùs aditionẽ hereditatis etiam dam-

l. tres tutores 55. §.*vlt.* D. *de adm. tutor.* *l.obligari* 9. §. *hereditatem* D. *de autor.tutor.*

Spectãdum est id quod principaliter agitur, non quod per consequentias.

l. eum qui duobus 51. §. *vlt. de acq. hered.*

*l.*4. D. *ad SC.Trebell.*

Aditio he-

reditatis etiam damnosæ cur permissa sit prodigo sine autoritate curatoris.

nosæ esse quid omnino separatum à causa interdictionis bonorum adeóque à ratione illa quæ fecit vt prodigis interdici debuerit bonorum suorum administratione, Nec enim aut lex aut prætor suspectos habet prodigi mores nisi quod ad eam administrationem per quã videt fieri posse vt prodigalitatis materia augeatur, quod verendum non est, in adeunda hereditate. Quis enim prodigus tam stultus sit vt siue damnosam siue suspectam hereditatem vltrò adire velit, fieriq; pauperior, & nouos sibi conciliare creditores à quibus pecuniã nullam acceperit, quam in suos luxus potuerit consumere? Nã nec prodigi solent res suas perdere ac profligare nisi vt genio suo indulgeant, ob idque videas vt plurimũ tenaces eos & auaros in iis sumptuum faciendorum occasionibus, ex quibus maior honestatis aut vtilitatis quàm improbæ voluptatis fructus sperari posset. Illud verò semper obseruandũ est loqui nos de eo prodigo qui maior sit annis vigintiquinque. Alioqui ætatis imbecillitas facilè efficiet vt pleraque nõ videat talis prodigus, quæ videret optimè si prodigus tantũ esset, quippe nihil cõmune habentia cum occasione malè expendendi vt in *l. verum* 11. §. *si locupleti D. de min.* Dices posse fieri vt in hereditate damnosissima sit aliquã tulum pecuniæ numeratæ, cuius occupandæ statímque profligandæ auiditate captus prodigus nihil non facturus sit, omne etiã fortassis nefas ausurus, nedum hereditatẽ sibi delatã, quod licitè facere possit, aditurus. Est enim hoc propriũ hominũ inconsideratorum vt cõtenti modico præsenti multò maiora vltrò remittant, propter quã causam prohibita est de alimentis transactio nisi quæ fiat prætore autore *l. cùm hi* 8. *D. de transact.* Sed respondebo esse hoc inconsiderati hominis potiùs quàm prodigi, facileq; admittã prodigũ modico præsenti contentũ maxima quæque futura & speranda neglecturũ, sed non tam facilè possũ admittere vt is modici illius præsentis auiditate deceptus æquè præsens damnũ aut saltem periculum velit incurrere cõtrahendi exsoluendiq; æris alieni. Hoc enim esset non solũ multò inconsideratius (quanto scilicet grauius est damnũ incurrere quàm amittere lucrum) sed etiam alienius à prodigi malo proposito, quod nõ illud est, vt pauperẽ se quàm citò faciat, sed vt primùm cupiditates animi sui expleat, nullísque in eã rem sumptibus pareat, quod tamen tantò minùs vtique facturus sit quantò citiùs pauperem se fecerit damnosæ hereditatis aditione, nullo inde percepto quæsitóque libidini suæ oblectamento. Dubitari ferè probabiliùs potest, vtrum licere debeat prodigo cui bonis interdictum est hereditatem sibi delatam repudiare quia propiùs accedit ad alienationem repudiatio, quàm aditio hereditatis. Sed cùm is possit repudiare qui potest adire *l. is potest* 18. *D. de acquir. hered.* non est dubitandum quin prodigo liceat repudiare quem diximus adire posse. Nec enim de bonis suis quicquã diminuit qui hereditatem repudiat, sed tantum occasionem acquirendi amittit, quod facere illum posse constat etiam in fraudem creditorum, *l. quod autem* 6. §. 1. *vers. proinde & §. sed & illud* D. *quæ in fr. cr. l.* 1. §. *vtrum autem D. si quid in fr. patron.* Prodigus verò ne hac in re separandus sit à cæteris, illud facit quod in repudiãda hereditate neque sumptus vllus fit, neque voluptas vlla est quæ allicere prodigum possit vt ius suum temerè ac sine causa alia velit à se abdicare. Quoniã verò lex 12. tab. nõ nisi de furioso & prodigo locuta est, necesse fuit aliunde subueniri dementibus, qui licèt furiosi nõ sint, cùm tamen suæ mentis compotes non sint, non magis suis rebus superesse possunt, quàm si essent prorsus furiosi. Itaque curatorem his quoque à prætore dari necesse est *l.* 2. *l. consilio* 7. §. 1. & 2. D. *de cur. fur. l. his qui* 12. *in pr.* D. *de tut. & cur. dat.* Sunt & alij casus, quibus prætor

L. verum 11. § si locupleti D. de minor.

l. cùm hi 8. D. de transact.

An prodigus repudiare sine curatore possit delatam sibi hereditatẽ.

l. 2. l. consilio 7. §. 1. & 2. D. de curat. furios. l. his qui 12. in pr. D. de tutor. & cur. dat.

tor pro sua iurisdictione dat curatorem,sed bonis non personis. Vtputa dum deliberant heredes instituti de adeunda vel repudianda hereditate. Interim namque curator bonis dandus est *l.dum deliberant* 3.*D.de curat.furios.* Nimirũ si ita res vrgeat vel cõdicio bonorum,quomodo legendum est in *l.si diu* 8. *D. quib.ex caus.in poss.eat.* Decretum igitur necessarium est & causæ cognitio,quę in eo potissimum etiam versabitur vt is curator constituatur, qui sit vnus ex creditoribus vt subiicitur ex Paulo in *l. vnus* 9. *eod.* aut alius in quem maior pars creditorum consentiat *l.2.in princip.D.de curat. bon.dand.* Nec enim omnimodo necesse est creditorem esse illum qui curator constituitur, sed possunt & non creditores *d.l.2.§.penult.* Sed & cùm clara aliqua persona veluti Senatoris vel vxoris eius in ea causa est vt eius bona venire debeant, constituendus est ex Senatusconsulto curator vt honestius ex iis bonis soluatur quantum fieri potest: constituitur autem vel à prætore in vrbe vel à præside in prouinciis distrahendorum bonorum gratia *l.curator* 5.*D.de curat.furios.* Et quidem inuitis creditoribus qui si mallent ipsi bona debitoris eiusdémque Senatoris vendere non essent audiendi. In hoc enim consistit priuilegium quod claris personis indultum Senatus voluit vt eorum existimationi parceretur,quam publica bonorum venditio per creditores facta grauiùs suggillaret. Alioqui nullũ haberent priuilegium si creditoribus daretur electio quam aliis casibus habere solent vt vel curatorem bonis distrahendis constitui postulent, vel sibi permitti bonorum venditionem *l.cuius bonis* 9.*D.eod.* vbi Neratius scribit, Cuius bonis distrahendis curatores facere Senatus permisit, eius bona creditoribus non permisisse vendere,quamuis creditores post id beneficium bona vendere mallent. Sicut enim re integra,inquit,potestas ipsorum est vtrum velint eligendi,ita cũ alterũ elegerint altero abstinere debẽt. Ergo hoc etiã casu, id est cùm bona debitoris distrahẽda sunt vt creditoribus satisfiat. Senatus permittit creditoribus facere curatores,idque beneficiũ non paruum esse creditur,vt priuatis hominibus liceat facere quod nõ nisi ex magistratus autoritate aliàs fieri solet. Ad prætoris enim aut præsidis officiũ,vt diximus,id pertinet vt det curatorẽ.*d.l.3.d.l.5.l.bonorum* 8.D.*eo.d.l.2.in pr.De cur.bon.dand.* Et ad hunc casum adaptandũ mihi videtur,quod scribit Papirius Iustus in *l.imperatores* 4.*eo.tit.* bonis per curatorem ex Senatuscõsulto distractis nullã actionẽ ex antegesto fraudatori cõpetere,Potiùs quàm ad illũ de quo in *d.l.*5.cùm Senatoris aut alterius claræ personæ bonis curator cõstituitur vt distrahantur. Etsi enim ex Senatusc õsulti autoritate id fit,à prætore tamen vel à pręside curator cõstituitur. At cũ à creditoribus ipsis constituitur Senatu permittente veriùs dicitur ex Senatuscõsulto cõstitutũ hunc curatorem in quo cõstituendo alterius magistratus autoritas non interuenerit. Nec sanè conueniens fuit fraudatoris appellatione de quo in *d.l.*4. agitur, intelligi Senatorem, ne illius honorem offendamus cui parcere studemus. Dicat aliquis non indigere creditores hoc Senatus beneficio vt bonorum debitoris distrahendorum gratia liceat eis facere curatorem,cùm priuato etiam consilio possint coire,ac eligere vnũm per quem bona distrahantur vt in *l.vlt.D.de cur.bon. dand.* Sed respondeo multùm interesse an ex priuato creditorum consilio,an ex Senatus autoritate curator à creditoribus fuerit constitutus. Priore casu nullas actiones aut exercere,aut excipere potest *d.l.vl.* vbi scribit Iulianus,si cõstituto ita curatore superueniat nouus creditor,nullã posse illũ habere actionẽ aduersus curatorẽ ab aliis creditoribus cõstitutũ,sed posse illũ vnà cũ curatore bona debitoris vendere,ita vt quę à cura-

l.dum deliberant 3. D.de curat. furios.
l.si diu 8.D. quib. ex caus.in pos. eat.
l vnus 9.eo.
l.2.D.de curat. bon. dand.
l. curator 5. D.de cur.t. furios.
l.cuius bonis 9.eod.
d.5. l. bonorum 8.eo.d. l.2.in princ. De cur.bon. dand.
l.imperatores 4 eo.tit.
l.vlt. eo.tit.

tore& à creditore ex bonis cõtrahãtur omnib' creditoribus pro portione præstētur. Posteriore verò casu actiones omnes quæ sunt in bonis, quibus curator à prætore datus est ab eo possunt exerceri, & in eũ vicissim actiones cõpetunt *d.l.2.§.1.eo.* Adeò vt si plures eiusdẽ bonorũ curatores facti sint, nõ tamen diuisis regionibus in quem eorũ vult actor, in solidum ei detur actio, sicut & quiuis eorum, in solidum agit *d.l.2.§.si plures & §.vlt.l.3.eod.* Hac sola, vt quidam putant, differentia quòd exercet curator actiones directas, eas scilicet quæ sunt in bonis (in bonis autem eæ ipsæ actiones sunt, quę competunt debitori & cõsequenter directæ non vtiles) in curatorem verò directa nulla cõpetere potest, sed vtilis danda est, quia in nullius bonis possunt videri esse actiones passiuæ quibus ipse erga proprios creditores obstrictus sit non magis quàm æs alienum quod ob eam causam alienum appellatur *l.cedere diem 213. §.1. de verb. signific.* Ob idque ita locutum volunt Vlp. in *d.l.2.§.1. eisque actiones & in eos vtiles competunt*, vt vtiles dixerit illas tantùm actiones quæ in eos non illas etiam, quæ eis competunt. Sed verius est non minùs vtiles actiones dicendas esse quas curator exercet, quàm quæ contra eum exercentur, siquidem suo nomine illas exercet, non alieno, vt ex eo constat quod subiungit Vlp. si quem curatores mittant ad agendum, vel ad defendendum, ius eis esse id facere, nec ab eo satis exigi, neque de rato, neque iudicatum solui nomine illius cuius bona veneunt, sed nomine ipsius curatoris qui eum misit. At fieri non potest, vt quis suo nomine habeat actiones directas quæ alteri primùm fuerint acquisitæ. Cui enim semel acquisitæ sunt, in eius persona perpetuò manent, nec ab ea possunt seperari *l.si heres 70.D.ad SC.Trebell.l.procuratore 55.D. de procurat.l.qui stipendia 9.C.eod.* Vtilium ergo actionum appellatio apud Vlpianum generaliter accipienda est & tam ad actiones quæ curatoribus quàm ad eas quæ contra curatores dantur, referenda. Sicut verò de actionibus generaliter Vlp. loquitur, ita non video cur cũ interpretibus nostris debeamus distinguere actiones tempore perituras à cæteris, quasi eas tantùm possit curator exercere quæ tempore perituræ sint non etiam cæteras. Sic enim illi ad *d.l.2.* Nulla prorsus ratione, pręsertim cùm hodie perpetuæ actiones nullæ sint, sed omnes factæ temporales quippe quæ triginta, vel ad summum quadraginta annorum præscriptione summoueãtur ex posteriorum Imperatorum constitutionibus *l.sicut 3.cum seq.C.de præscrip.30.vel 40.annor.* Fefellit eos, quod Paulus scribit in *l.creditore 14.D.de reb.autor.iudic.possid.* creditore in possessionem rerum debitoris misso curatorem constitui debere si quædam actiones tempore perituræ sunt. Sed animaduertere debuerũt, longè diuersum illud esse ab eo, quod probare volunt curatorem à prætore datum non alias actiones posse exercere quàm quæ sint tempore perituræ. Cùm creditor in possessionẽ bonorum debitoris missus est, non idcirco agere ipse potest contra debitoris sui debitores, quia cùm actio sit ius, vt ex ipsius definitione apparet *l. nihil aliud 51.De oblig. & act.* non magis fieri potest vt quis agat sine iure quàm vt sine actione *l.si pupilli 6.§.vlt.De negot.gest.* Atqui missio in possessionem nullũ ius tribuit creditori, sed custodiam duntaxat & obseruationem *l.cùm legatorum 12.D.quib.ex caus.in poss.eat.l is cui 5.D.vt in poss.legat.l.3.§.vlt.D.de ac.poss.* Id enim est quod Paulus ait in *l.cùm vnus 12.de reb.aut.iudic.possid.* eũ cui prætor permittit possidere bona debitoris, nihil sibi ipsi nedum aliis creditoribus acquirere, sed tantùm aliquid ex ordine facere, per quod scilicet ad bonorũ venditionem perueniri possit *l.pen.in fin.D.quib.ex caus.in poss.eat.* Non ergo fieri potest

d.l.2.§.1.eo.

l.cedere diē 213.§.1. De verb. signif. d.l.2 §.1. de curat. bon. dand.

Curator bonis datus actiones omnes potest exercere etiam tempore non perituras.

l. creditore 14.D. de re. autor.iudic. possid.

l.cùm legatorum 12. D.quib. ex caus.in poss. eat.l. is cui 5.D. vt in poss.legat.

poteſt, vt creditor agat contra debitoris ſui debitores. Debitor verò ipſe multominùs, quia cùm ex quo tempore creditor in poſſeſſionem miſſus eſt, nihil poſſit debitor ex bonis ſuis diminuere ne creditoribus iniuria fiat, abſurdum ſanè eſſet ei cui alienatione interdicitur permitti actiones exercere *l. ait prætor 7. §. quid ſit autem D. de iur. deliber.* Ita eueniret vt actiones, perirent quas haberet debitor ſi tales eſſent, quæ ſui natura eſſent tempore perituræ (cuiuſmodi erant olim pleræque ac ferè omnes prętorię iis exceptis quæ rei perſecutionem continerent *l. in honorariis 35. De oblig. & act.* & apud *Iuſtin. De perpet. & tempor. action.*) niſi eo remedio proſpiceretur, vt bonis curator conſtitueretur. Sed non eſt bona conſecutio ſi ex eo inferas. Nullas igitur actiones curatori permittendum exercere niſi quæ ſint tempore perituræ. Qui enim conſtitutus erit, omnes proculdubio poterit exercere, hoc ipſo quod curator erit, & quidem generaliter conſtitutus. Siquidem curator nemo fit ad hanc duntaxat, vel illam ſpecialiter actionē exercendam: ſed curatorem bonorum cùm dicimus vniuerſitatem bonorum ſignificamus, & ideò à tribus illis cauſis ex quibus in poſſeſſionem mitti creditores ſolent, rei ſeruandæ cauſa, item legatorum ſeruandorum gratia, & ventris nomine ſeparamus cauſam damni infecti, quia ex hac cauſa non vniuerſorum bonorum nomine fit miſſio, ſed eius rei tãtùm de qua damnum timetur, inquit Vlp. in *l. 1. D. quib. ex cauſ. in poſſ. eat.* Quò etiam pertinere videtur quod idem Vlp. ait in *d. l. ſi diu eod. tit.* Si diu incertum ſit an heres alicui extaturus ſit necne, non tantùm cauſa cognita permitti oportere bona ſeruandæ rei cauſa poſſideri, ſed etiamſi ita res vrgeat, vel cōdicio bonorum etiam hoc concedendum eſſe, vt curator conſtituatur. Tunc enim res ipſa & bonorum condicio vrgere intelligitur, cùm res, vel actiones quæ ſunt in bonis tempore perituræ ſunt, vel etiam deteriores futuræ *l. inter bonorum 48. D. de admin. tutor.* vbi ſcriptum eſt curatori bonorum ſolam cuſtodiam & rerum quæ deteriores futuræ ſunt venditionem committi. At rurſus hoc ipſo loco abutentur interpretes, vt probent, curatorem bonis datum non alias actiones mouere poſſe, quàm quæ tempore perituræ ſint, cùm nec alias res poſſit vendere quàm quæ tempore perituræ ſunt, vel in totū, vel ex parte, id eſt deteriores futurę. Perit enim ex parte, quod fit deterius. Sed negabo eandem hac parte rationem eſſe corporum & actionum, itémque vēditionis & actionis permittēdę. Corpora pleraque ſunt eiuſmodi, vt tēpore nec pereant, nec deteriora fiant. Actiones verò licèt non omnès olim perirent tēpore (iam enim diximus hodie omnes perire) fiunt tamen deteriores hoc ipſo quod non exercentur, nō ſolùm tanquã odioſiores propter tacitæ remiſſionis coniecturã quę ex tēporis longi taciturnitate induci cœperat *l. Procula 29. D. de probat. l. cùm quidam 17. §. Diuus Pius D. de vſur. l. vir vſuras 54. D. de donat. int. vir. & vxor.* ſed etiam quia difficilior fit probatio eorū quę in facto conſiſtunt & ex quibus actionis ius ęſtimatur, morientibus interim teſtibus, & intercidētibus aliis probationibus, quibus amiſſis nulla poſſit supereſſe actio exercendæ actionis *l. in lege Aquilia 40. D. ad leg. Aquil.* Rurſum permittitur curatori bonorū eas tãtùm res vendere quę alioqui, aut perituræ, aut deteriores futuræ ſunt, quia nō poſſet aliarum permitti venditio citra patrimonij diminutionem, nec iſtarū è contrario prohiberi, quin patrimonium diminueretur hoc ipſo, quod nō vēderentur. At non poteſt videri patrimoniū diminui, ob hoc ſolum quod curatori permittatur actiones exercere quamuis nō perituras tempore, quia quod per actionem exigitur in patrimonio perinde eſt atque actio, adeóque plus eſt quàm actio cùm ſit fructus & effectus actionis. Neque verò ad curatorē accō-

l. ait prætor 7. §. quid ſit autem D. de iur. delib.

l. in honorariis 35. D. de oblig. & action.

l. 1. l. ſi diu 8. D. quib. ex cauſ. in poſſ. eat.

l. inter bonorum 48. D. de admin. tutor.

l. in lege Aquilia 40. D. ad leg. Aquil.

HHHHh modari

modari potest,quod suprà diximus absurdũ fore si actionũ exercitio permittatur ei,cui bonorũ alienatione interdicatur *d.l.ait prætor 7.§.quid sit autẽ D.de iu.delib.* Id.n.tũc obtinet cùm quis suo nomine actiones exercet,nõ etiã cùm alieno, Nã qui suo nomine actionem exercere potest etiam vtilem tantùm nedum directã, de ipsa liberè pro arbitrio tanquam dominus disponit *l.procuratore 55.D.de procur.* quod non similiter facere potest is,qui non nisi alieno agit nomine.

l.procuratore 55. D. de procurat.

ILLATIO I.

De potestate curatoris in corpus quoque furiosi ad salutem eius tuendam.

EX hoc Principio illud primùm fit quod Iulianus scribit in *l.consilio 7.in prin.D. de cur.fur.* consilio & opera curatoris tuendũ esse non solùm patrimoniũ, sed etiã corpus salutémque furiosi:Nẽpe quia in sua potestate habet non modò patrimoniũ,sed etiã personã ipsam furiosi,ob idq; ad eius officiũ pertinet,vt prouideat ne quid prætermittatur eorum quæ ad tutelam ipsius & proximorũ securitatem spectet.Inter cætera verò vt custodes ei adhibeat qui caueãt non solùm ne quid ille in seipsum perniciosius moliatur, sed ne aliis quoque exitio sit vt scriptũ est in *l.Diuus Marcus 14.D.de offic.præsi.* vbi tamẽ pro *quomã* malo legere *quod non* in illis verbis *quoniam tam ad pœnam quàm ad tutelam eius & securitatem proximorum pertinebit.* Cur enim pœna aliqua siue vinculorum, siue alia furioso infligatur, qui etiamsi matrem in furore occiderit,deliquisse tamen non intelligatur,satisque iam furore ipso,vt eadem lex ait,puniatur.

l. consilio 7. in princ. D. de cu r. fur.

l.Diuus Marcus 14. D. de offic. Præsid.

ILLATIO II.

De potestate vnius ex pluribus curatoribus furiosi.

SEcundò ex eodẽ Principio fit,vt si eiusdẽ furiosi plures sint curatores,alteri tamẽ ex eis rectè soluatur,possitq; vel vnus rẽ furiosi alienare *d.l.cõsilio 7.§.vl.de cur.fur.* vbi additur ei quoq;qui ab altero ex curatorib⁹ fũdũ furiosi legitimè mercatur,vsucaptũrũ:nimirũ si cæteri quoq; aut expressẽ aut tacitè cõsentiãt,vt sequitur in eadẽ lege.Ideo enim sufficit vnus ex curatoribus persona,inquit Iulianus,quia intelligitur alter cõsentire.Et idcirco si alter præsens sit & vetet solui cõcuratori,vel vetet à concuratore rẽ vẽdi vel tradi,neq; debitor liberabitur,neq; emptor vsucapiet,nẽpe quia plures furiosi curatores sicuti non tãtũ bonis,sed etiã personæ furiosi dãtur,eamq; habẽt in potestate,ita & vnius personæ vice fũgũtur Quæ ratio facit vt nec aliud sit in pluribus vni pupillo datis tutoribus nisi alia sit testatoris volũtas vt in *l.Titia 47.in pr.D.de adm.tut.* Nã & illi personæ dãtur non bonis dũtaxat *l.quia personæ 14.D.de test.tut.* & omniũ autoritas in quacũq; re olim necessaria fuit præterquã si testamẽto dati esse proponerẽtur.Sic.n.legẽdũ sanè est apud Vlp.*tit.11.De tut.§.antepen.* vt benè Cuiacius ad eũ locũ notauit ex *l.vl.C.de aut.præst.* vbi Iustinianus hãc differẽtiã quæ olim fuerit inter tutores legitimos & testamẽtarios & refert & tollit.Testamẽtariorũ n.melior condicio hac in re esse debere videbatur vt & in aliis plerisq; quod eorũ fides & industria tanquã singulorũ à testatore electa esset,Cur enim tutorẽ liberis suis daret quis eũ, cuius fidẽ aut industriã vel tãtillũ suspectã haberet:itaq; sicut ob eã causam satisdare nõ cogũtur,ita & vnius eorũ autoritatẽ sufficere visum est *l.4.l.5.in pr.& §.itẽ ipse l.quod dicimus 7.§.1.D.de aut.tut.* Nisi regionibus diuisi essent *d.l.vl.C.eo.* Legitimorũ alia ratio est qui scilicet nõ eligũtur,sed prout à natura proximi agnati sũt à lege tutores cõstituũtur.Legitimis porrò datiui cõparãtur potiùs quã testamẽtarius,quia licèt à magistratu eligãtur à quo dãtur,adeoq; vt plurimũ quãuis non necessariò ex inquisitione,plures tamẽ eligũtur nõ aliã ob causã,quã quod vnius solius aut fidẽ aut industriã sufficere nõ posse magistratus prudẽs arbitretur,præsertim cũ dat eos citra inquisitionẽ.De illis.n.loquitur.Iustinianus tamẽ vt in legitimis quoq; & datiuis cõstitueret idipsum quod constitutũ erat in testamẽtarius,motus est ex eo quod nullũ idcirco dãnũ metui pupillo possit cui satis cautũ sit & ea satisdatione quã præstare debent tutores legitimi,itémq; datiui si nõ dati sint ex inquisitione,verũ et à actione subsidiaria cõtra magistratus ipsos dãda ex tit.

d.l. consilio 7.§.vlt. De curat. fur.

l.Titium 47.in princ. D. de adm. tutor.

Vlp.in frag. tit.De tut. § antepen. l.vlt. C. de autor.præst. l.4.l.5. in princip. & §. item ipse l quod dicimus 7. §. 1. D.de aut. tutor.

da ex ti. *De mag. conu.* Is.n. sensus est Iustinianeæ cõstitutionis in vers. illo, *quia in hoc casu nõ absimiles testamẽtarios esse & per inquisitionẽ datis legitimos & simpliciter datos iubemus, eo quòd fideiussionis onere prægrauãtur & subsidiariæ actionis adminiculũ speratur.* Scilicet vt quãtũ ad hoc quod vnius ex tutoribus autoritatẽ interuenisse sufficiat, nulla sit inter omnes istas tutorũ species differẽtia. Nõ etiã vt testamẽtarij tutores & ex inquisitione dati hodie sicut cæteri satisdatione prægrauentur. Nihil.n. hac parte ex iure vetere immutatũ fuit, aut immutari debuit. Intelligimus autẽ ex supradicto vers. tutoribus testamẽtariis nõ legitimis similes in hoc fuisse illos, qui ex inquisitione dati essent, vt vnius eorũ autoritas sufficeret, queadmodũ & in eo similes erãt quod satisdare nõ cogebãtur, cũ fides inquisitionis cederet pro vinculo cautionis *l. bonorũ 8. De cur. fur. l. si impuberi 13. in fi. D. de tut. & cur. dat.* Cæterũ quod Iustinianus cõstituit, vt in tutoribus omnibus sufficiat vnius ex ipsis autoritatẽ interuenisse, excepto vno illo casu, quo de pupilli adrogatione tractetur, quòd per eiusmodi adrogationẽ fiat, vt tutela ipsa dissoluatur, diximus ad Pr. præcedẽs ill. 21. ex *l. si adrogati 14. in pr. D. de tu.* Quod hic accipiẽdũ videtur, vt cæteros tutores adesse & consentire nõ sit necesse, at non etiã vt si dissentiant expressim, nihilominùs valeat quod ex vnius solius autoritate factum sit cæteris inuitis. Cũ.n. par & æquale ius sit tutorũ omniũ in caput bonaq; pupilli, necessariò hìc euenit quod alias semper, vt in pari iure melior sit cõdicio prohibẽtis *l. in re cõmuni 26. D. vrb. pr. l. Sabinus 28. D. com. diu.* Atq; idipsũ in testamẽtariis iã olim obtinuisse credẽdũ est, vt eorũ melior quã legitimorũ, aut datiuorũ condicio in hoc tantũ fuerit, quod vno ex testamẽtariis autoritatẽ suã præstante cæteros etiã testamentarios sufficiebat, nõ dissentire, vt pro cõsentientibus haberẽtur, quãuis non expresse cõsentirẽt, legitimos verò, vel datiuos omnes & adesse, & expressim cõsẽtire oportebat, ne alioqui pro inuitis & dissentiẽtibus haberẽtur hoc ipso quod nõ cõsentirẽt, vt & in *l. filius fa. 8. §. inuitus D. de proc. l. inuitu 5 D. vrb. pr. l. in eo iure 45. §. deinde ait lex D. de rit. nu.* Ergo plures eiusdẽ furiosi curatores quibus cõparabimus an testamẽtariis, an verò legitimis, aut datiuis simpliciter, id est nõ ex inquisitione datis? Inspecto nimirum iure vetere. Nã si ius nouum spectes, cũ exæquata sit omniũ tutorũ cõdicio, & ea potissimũ ratione, quòd satis cautũ sit pupillo per satisdationẽ, & per subsidiariã in magistratus actionẽ, nulla ratio est cur deterior debeat esse cõdicio curatorũ furiosi quos cõstat sicut legitimi sunt ita & perinde ac cæteros legitimos ad satisdationẽ cõpellẽdos, nisi cũ vel testamẽtarij sunt, vel ex inquisitione dati *l. vl. §. sed cũ antiquitas & seqq. C. de cur. fur.* At iure veteres inspecto videtur curatores furiosi maiorẽ cũ testamẽtariis, quàm cũ legitimis pupilli tutoribus similitudinẽ habuisse, cũ vnius ex curatoribus autoritatẽ interuenisse sufficeret etiãsi abfuissent cæteri, dũmodò id quod ageretur sciuissent. Hoc.n. requiri videbatur, vt saltem tacitè cõsensisse crederẽtur. Quomodo nãq; tacitè cõsensisse videri potest is qui ignorauit? *l. 5. vers. longè magis D. de oblig. & act.* Atqui ratio propter quam Iulianus vult sufficere autoritatẽ vnius ex duobus furiosi curatoribus, nõ alia est, quàm quod alter cõsentire intelligatur. Nõ igitur de alio cõcuratore intelligi potest, quàm qui quod à cõcuratore suo factũ est, sciuerit. In quo rursũ minùs iuris habuit curator furiosi quã testamẽtarius tutor pupilli. Is.n. etiãsi cõtutores haberet, eosq; nõ modò absẽtes, verùm etiã ignorãtes, nihilominùs sufficere ad autoritatẽ præstãdã poterat, dũ ne expressim cõtradicerẽt & dissẽtirẽt. Dices parũ ergo referre an omniũ furiosi curatorũ autoritatẽ adhibẽdã esse dicamus, an vnius dũtaxat cũ omniũ sciẽtiã interuenire necesse sit. Verùm immò verò multũ refert. Autoritas.n. tũcùm necessaria est, interponi debet in ipso negotio, id est tũc cũ fit *l. obligari 9. §. pen. D. de aut. tut.* aut saltẽ statim atq; peractũ est negotiũ dũmodò in re præsenti *l. si quis mihi 25. §. iussu D. de ac. her.* Sciẽtia autẽ & cõsensus siue expressus, siue tacitus vt quãdocumq; interueniat sufficit nec vlla certi temporis sollennitate cõstringitur. Notãda verò est ratio illa Iuliani per quã probat posse vni etiã ex furiosi curatoribus solui, & vnũ ex iis vendere furiosi rẽ & tradere, quia, inquit, solutio, venditio, tradi-

d. l. vlt. C. de autor. tutor.

l. bonorum 8 D. de curat furios. l. si impuberi 13. in fin. D. de tutor. & curat. dat. l. si adrogati 14 in prin. D. de tutel. l in re communi 26. D. vrban. præ. l. Sabinus 28. D. commun. diuid.

l. vlt. §. sed cùm antiquitas & seqq. C. de curat. furio.

In quo minus iuris habeat curator furiosi quã tutor testamentarius.

Differentia inter autoritatem & consensum tutorum.

l. obligari 9. § penult. D. de autor. tutor. l. si quis mihi 25. §. iussum De acq. hered.

ditio, traditio, facti magis quã iuris sunt, vt intelligamus aliud eum fuisse responsurum si essent ista iuris non facti: Quoniã cùm ius curationis sicut & tutelæ sit indiuiduum, quemadmodum & persona furiosi, quę in curatorum potestate est, in omnium curatorum persona indiuiduè residet, ideoque non possent ea quæ meri iuris essent per vnum ex curatoribus expediri. Planè in bonorum curatoribus si plures constituti sint posse singulos in solidum & agere & conueniri nõ pro portionibus ait Vl. ex Celso in *l.2.§.si plures D.de cur.bon.dand.* Id enim & ipsis & aliis cum quibus rem habent commodius est siue agant, siue conueniantur.

L.2.§.si plures de cur. bon.dand.

ILLATIO III.

De curatione furiosi vel prodigi filio danda, vel deneganda.

TErtiò ex eodem Principio nostro fiebat olim vt curatio eius cui bonis interdictum esset aut etiã furiosi, filio permittenda esse negaretur, *lege 1.§.1.D.de cur.fur.* Absurdũ enim nedũ inuerecundũ videbatur vt filius qui in patris quantũlibet furiosi potestate esset *l.patre furioso 6.D.de his qui sui vel alie.iu.sunt.* eũ nihilomin⁹ in potestate sua, tãquã curator habere inciperet. Nã si fieri nequit vt qui in aliena potestate est aliũ habeat in sua quãtò minùs ferẽdũ est, vt eũ ipsum habeat in cuius sit potestate *l.sic eueniet 21.D.ad leg.Iul.de adul.* iunct. *l.vl.C.de sent.pas.& rest.* Sed tamẽ placuit Diuo Pio cuius in eã rẽ rescriptũ extare refert Vl. in *d.§.1.* filio si tã probus sit, potiùs quàm alij cuilibet permittẽdã patris curationẽ, nõ tã vt sibi vllã in patrẽ acquirat potestatẽ, quàm vt præstet ei debitã pietatẽ. Nec.n. credendũ est patrẽ furiosum in filij sui, quẽ ei curatorẽ dederimus futurũ potestate. Immò vel ob hoc ipsũ, quod filius in patris potestate est, tãtò maiorẽ ei pietatẽ debere videtur, cùm vinculũ patriæ potestatis dicatur aliquãdo vinculũ pietatis, vt à Papiniano in *l.vl.D.si à paren.quis man.sit.* Indéq; nimirũ dubitãdi rationẽ sumit Vlp. in *l.4.eo.ti.De cur.fur.* cùm quęrit an furiosę matris curatio ad filiũ pertineat: Nẽpe ex eo quod mater nõ habebat liberos suos in potestate *l.mulierẽ 5.C.de adop.* Quæ tamẽ ratio facere potiùs debebat, vt minùs esset dubitãdũ quin matris curator esse posset fili⁹, si per huiusmodi curationẽ i⁹ aliquod potestatis in parẽtẽ suũ nãcisceretur. Sed elegãter Vl. respõdet pietatẽ parẽtib⁹ ęquã deberi licèt inęqualis eorũ sit potestas, Ne quis dubitare possit, hoc curationis genere in huiusmodi specie, id est in persona filij nõ tã potestatis ius in parẽtes acquiri, quã pietatis officium exhiberi.

L.1.§.1.D. de cur. fur.

L.vl.D si à parent.quis manum sit.
L.4.D.de cur.furios.
l mulierem 5.C. de ado.

ILLATIO IV.

De administratione bonorum furiosi vel prodigi interdum alij quàm curatori danda.

QVartò ex eodẽ Principio fit, vt sæpe ad aliũ ex lege 12.tab. curatio furiosi, aut prodigi pertineat alij prætor administrationẽ det, scilicet cũ legitimus ille ad eã rẽ inhabilis videatur *l.sæpe 13.D.de cur.fur.* Nihil.n. aliud lex exigit nisi vt is cui curationẽ defert si proxim⁹ agnatus qualẽ esse aliquẽ nihil prohibet, qui tamẽ sit ipse etiã furiosus fortasse vel prodigus, cui proinde nũquã prętor administrationẽ furiosi vel prodigi sit cõcessurus. Ob idq; nec simpliciter dixim⁹ in pręcedẽte illatione filiũ patri furioso vel prodigo curatorẽ dãdũ esse, sed cũ illa adiectione *si tã probus sit d.l.1.in fi eo.t.* id est si iis sit moribus vt eũ prętor dignũ iudicare debeat cui parẽtis cura cõmittatur. Alioqui si solius legis 12.ta. verba inspiceres, curator patris omnimodo esse deberet filius, si nõ tãquã filiusfamilias & suus heres, saltẽ tãquã proxim⁹ agnat⁹. Siquidẽ filius patri agnatus proximus est *l.filius 12.D.de suis & legi.* tametsi nõ ignorẽ plerosq; putare addẽdã eo loco negationẽ: quã sẽtẽtiã ab Alciato primũ inductã *li.2.parer.c.25.* secus etiã est Hot. *li.1.obs.c.26.* rectè hoc nomine reprehẽsus à Iacob. Cuia. *li.14.obs.c.11.* si ad Cuiaciũ ea addas, quę nos tradidimus *li.10.Cõie.c.12.* quib⁹ etiã addi velim textũ omniũ apertissimũ quẽ nõ magis à Cuiacio quàm à nobis ante hunc diẽ obseruatũ fuisse miror in *l.pen.§.1.D.quis ordo in bon.pos.seru.* cuius verba illa sunt, *filius nõ solum si tãquã filius, sed etsi tãquã adgnatus vel tãquã cognatus ad bonoru possessionẽ vocetur.* Et si nõ malè idipsũ probauit Cuia. ex *l.de bonis 6.§.huic autẽ D.de coll.bo.l.1.D.de grad.& adfi.l.vl.C.de co.* Nisi quod malè respõdit ad Papin. in *l.scripto 7.D.vnd.lib.* qui solus locus Alciato & Hotomano imposuit. Nos

L sæpe 13.D. de curat.furios.

L. filius 12. D.de suis & legit.
L. pen. §. 1. D quis ord. in bonor. poss. seruet.
l.de bonis 6. §. huic autẽ D. de grad. & adfin.

fuit. Nos supra citato libr. Coniect. nisi nobis ipsi imponimus, meliùs respondimus.

ILLATIO V.

De marito vxori mente captæ curatore non dando.

QVintò ex eodem Principio fit, vt virum vxori mente captæ curatorem dari non oporteat *l. virum* 14. D. *de curat. furiof.* adeóq; nec sponsum sponsæ *l. 1. §. vlt.* D. *de excus. tutor.* vbi Modestinus refert Senatusconsultum ea de re factũ, ad quod etiam puto referendũ quod scriptum est in *l. 2. C. qui dar. tut.* maritũ etsi rebus vxoris suæ adfectionẽ debeat, tamen curatorẽ ei creari nõ posse. Nec enim ratio vlla iuris est quæ impediat ne possit, nisi Senatus autoritas in eam rẽ interuenisset. Quidni enim posset maritus esse curator vxoris suæ, quam & in potestate sua perpetua olim habere poterat si nuptiæ per conuentionẽ in manum factæ essent? At quãuis ex iuris ratione id posset admitti, benè tamen vidit Senatus permitti nõ oportere, vt loquitur Pap. in *d. l. virum*, adeò vt Diui Seuerus & Antoninus rescripserint maritũ vxori curatorẽ datũ posse se excusare quãuis se immiscuerit *§. ijdẽ rescripserunt* 19. *infr. De exc. tut.* An quia vt quidã putant, si vir malè curã gereret, vxor tamen ei negligẽtiã tacitè remittere videretur? Minimè. Esset enim illa donatio quæ sicut inter coniuges facilè præsumitur, ita exceptis quibusdam casibus districtissimè prohibetur, siue fiat tacitè, siue expressè, atq; ita mulieri non noceret. Nec rursus in vxore furiosa ratio illa locũ haberet. E contrario igitur dicendum potius est, ideò non oportere maritum vxori, aut sponsum sponsæ siue furoris, siue minoris ætatis gratia curatorẽ dari, ne cũ illa resipuisset aut annis maior facta fuisset materiã iurgij inter coniuges ea res præberet si rationum redditionẽ vt par esset, exigere mulier vellet. Id enim semper agit ciuilis legislator quantum potest ne quo prætextu matrimonia bene concordantia turbentur *l. 1. §. vlt. D. de liber. exhib.* Quã ob causam nec videas in libris nostris mentionẽ vllam fieri litis inter coniuges motæ prætorquàm ex causa adulterij, cũ lis nõ nisi inter inimicos sit, in quo differt à iurgio: esset autẽ expeditius coniuges si inimici fierent, de faciendo diuortio quod erat liberũ, quàm de instituenda lite cogitare. Atquin inanis est curatio & ridicula, cuius nulla ratio exigi suo tempore possit, cùm in eam rem comparatæ sint & tutelæ & curationes, vt ea ratione cuiusq; saluum & integrum ius conseruetur, non vt in alieno patrimonio impunè grassandi potestatem quis nanciscatur. Id enim non ad priuati duntaxat, sed ad ipsius quoque reipublicæ vtilitatem pertinet *l. seruum quoquè* 37. *§. publicè* D. *de procur. l. 4. D. de oper. noui nunciat.* iunct. *l. quia satisdatio 6. cum l. praeced. D. de suspect. tutor.*

l. virum 14. D. *de curat. furiof.* *l. 1. §. vlt. D. de exc. tut.* *L. 2. C. qui dar. tut.*

§. ijdem rescripserunt infr. De excus. tutor.

l. 1. §. vlt. De liber. exhib.

ILLATIO VI.

De curatore non nisi cùm causæ cognitione dando dementi & furioso.

SExtò ex eodem Principio fit, vt obseruare prætorem ac præsidem prouinciæ oporteat, ne cui tanquam dementi vel furioso temerè ac citra causæ cognitionẽ plenissimam det curatorem *l. obseruare* 6. D. *de curat. furiof.* cùm sit ea curatio tanti momenti vt acquirat curatori ius potestatis in personam dementis & furiosi. Rursum quoniã, vt ea lex ait, pleriq; Vlyssis more vel dementiam vel furorem fingunt quò magis curatore accepto ciuilia onera detrectent: aut immanis alicuius sceleris perpetrandi obtentum sibi quærant, vt in *l. congruit* 13. *§. vlt. cum l. seq.* D. *de offic. præsid.* Adde *l. de ætate* 42. D. *de minor.*

l. obseruare 6. *D. de cur. furiof.* *l. congruit* 13. *§. vlt. cũ l. seq. De off. præs. l. de ætate* 42. *D. de minor.*

ILLATIO VII.

De satisdatione danda etiam per curatorem furiosi vel dementis.

SEptimò ex eodem Principio fit, vt curatorem siue dementi, siue furioso, siue prodigo datum, non minùs quàm tutorem satisdare oporteat, Rem furiosi vel dementis vel prodigi saluam fore, cùm eandem potestatem nanciscatur, quam haberet si tutor esset, nec minùs reipublicæ intersit his omnibus cautum esse *d.l.consilio* 7.§.1.D.*de curat.furios.* vbi Iulianus ait si curator dementi datus interposito decreto vti satisdaret non cauerit, & tamen quasdam res de bonis eius legitimo modo alienauerit, id est eo ipso modo quo alienare solent & possunt curatores qui satisdederunt, non eo minùs dementis heredem quandocũque res illas vindicaturum, Et, si exceptio opponatur *si non curator vendiderit* replicationem dari debere *aut si satisdatione secundum decretum interposita vendiderit.* Nisi proponas ex precio accepto dimissos furiosi creditores. Tunc enim triplicationem doli facturam vt tuti sint possessores. Cui non dissimilis & illa species est quam idem Iulianus tractat in §.*seq.* Nam cùm dementis curatorem qui satis non dederat, & res malè administrabat, Proconsul à bonis remouisset, aliúmque loco eius substituisset, & hic posterior etiam priùs quàm satisdedisset cum remoto egisset negotiorum gestorum, postcáque heredes dementis cum eodem agerent eadem negotiorum gestorum actione, Iuliano placet, si is exceptione rei inter se & curatorem iudicatæ vtatur, heredibus dandam esse replicationem *aut si is qui egit satisdederat.* Sed an replicatio inquit, profutura esset (sic enim lego sublata dictione *curatori*, cùm non à curatore sed contra ipsum opposita replicatio proponeretur nisi malis pro *profutura* legere *obfutura*) iudex æstimabit, Nam si secundus curator pecuniam quam à priore ex condemnatione fuerat consecutus in rem furiosi vertisset, doli triplicatio ei prodesset, dementísque heredibus obstaret. Cùm enim omnes exceptiones, & consequenter replicationes, duplicationes & triplicationes quæ omnes exceptiones sunt, ex æquitate prætoria proficiscãtur nemo dixerit æquum esse vt prætextu non præstitæ per curatorem satisdationis debeat licere dementis heredibus vt lucrum captẽt ex damno alieno, quod nec dementi ipsi nec pupillo permitteretur *l.pen in fin.* D.*reb.eor.qui sub tutel. l.nam hoc natura* 14.*D.de cond indeb l.iure natura* 206.D.*de regul.iur.*

d. l. consilio 7.§.1. D.de cur.furios.

d. l. consilio §.2.

Emendatus Iulianus.

ILLATIO VIII.

De potestate interdictionis facta prodigo.

OCtauò ex eodem Principio fit quod Vlp.ex Iuliano scribit in *l. Iulianus* 10.*eod.tit.De curat.furios.* eos quibus per prætorem bonis interdictum est nihil ad aliũ transferre posse, quia scilicet in bonis nihil habeant, cùm eis diminutio sit interdicta. Quò etiã pertinet quod scribit Põponius in *l si sciens* 26.D. *de cont.empt.* Si sciens emam ab eo cui bonis interdictum sit, vel cui tempus ad deliberandum de adeunda hereditate ita datum sit, vt non habeat diminuendi potestatẽ (sic enim faciunt verba edicti de quo in *l.ait prætor* 7.*D.de iur.delib.*) me dominum non fore. Dissimiliter, inquit, atque si à debitore inope sciens creditores eius fraudari, emero. Hoc .n. casu neq; inopia debitoris, neque fraus quæ fit creditoribus, neq; mea fraudis illius conscientia impedit quominùs debitor possit eã rem alienare cuius & ipse dominus manet, & iure dominij liberam

l. Iulianus 10.D.de curat. furios. l. si sciens 26.D. de contr.empt. l. ait prætor 7.D.de iur. codicill.

ram habet administrationem *vulg.l.in re mandata 21.C.mandat.* ob idque necessaria est creditoribus actio Pauliana, quæ & reuocatoria appellatur, & interdictum fraudatorium de quo in *tit.D. quæ in fraud.cred.* vt dominiũ quod mihi ex emptione quæsitum fuit reuocetur, & rescissa emptione in causam bonorũ debitoris reuertatur *§.item si quis infr. De action.* At reuocatoria nulla opus est cùm quis emit ab eo cui siue à lege, siue à prætore interdictũ erat alienatione: quia ipso iure nullũ est quicquid fit contra prohibitionẽ legis aut prætoris *l.non dubium* 5.C.*de legib.l.vbi lex* 24.*D.de vsuc.l cum lex* 46.D.*de fideiuss.* An verò distinguendum erit an is qui à prodigo emit sciuerit an ignorauerit interdictionẽ, vt quod dicimus nõ posse illũ fieri dominũ eo tantùm casu locum habeat, quo sciuit non quo ignorauit? Et quidem possit quis putare ita Põponium sensisse qui ita scripserit *si sciens emam.* Cur enim adiecisset *sciens* si non aliud putabat dicendum in ignorante? Sed nõ ita est. Non enim ignorantia emptoris facere potest vt eo magis alienandi ius habeat is cui fuit bonis interdictum, cùm eiusmodi interdictio faciat vt ne quidem in bonis suis quicquã habere videatur is qui passus est interdictionem, vt scriptum est in *d. l. Julianus.* Quomodo ergo dominium transferre in alium posset is qui ipse dominus nõ esse intelligatur? Aut quomodo intelligi potest adhuc esse dominus is qui rem amplius in bonis suis non habeat, ac ne quidem bona vlla? Siquidem multò minus est in bonis quid habere quàm dominum esse, cùm in bonis habere nihil aliud sit, quàm dominium habere bonitarium: quod tunc demum perfectum & absolutum intelligitur, cùm ex bonitario factum esse quiritiarium *l. si finita* 15.*§.Julianus* D.*de damn.infect.*iunct.*l.5.in princip.eod.* Indéque etiam est quod prodigus testamentum facere nõ potest post interdictionem, & si fecerit ipso iure non valet *l.is cui* 18.*D.qui testam.facer. poss.* Non ob id solùm quòd commercium ei interdictum sit, ob idque familiam mancipare non possit (quam rationem reddit Vlp.in *fragment tit.20.De testam.§.mutus* respiciens nimirum ad veterem illam & hodie sublatam formam testamentorum faciendorum per familiæ mancipationem) sed etiam quia lex duodecim tabularum patribusfamilias testandi quidem potestatem dedit, sed de suis duntaxat bonis *l.verbis legis* 120.*De verb.signific.* is verò cui bonis interdictum est nulla bona, vt diximus, habere intelligitur. Itaque quamuis in testamentis ordinandis nulla hodie mãcipatio familiæ fiat, perinde tamen remanet illud ex iure vetere vt testamentum à prodigo factum post interdictionẽ non valeat ipso iure. Nisi respicias ad Imperatoris Leonis *Nou.const.*39. quæ ius vetus hac parte sustulit permissa prodigis non tantùm testamenti factione sed etiã qualibet cõmercij specie, at non simpliciter & absolutè sed cum ea distinctione si modò prudenter negotietur & testetur, id est quomodo cæteri prudentes solent, puta si vel necessariam personã, vel Christi pauperes heredes instituerit. Nam si fortè neglectis iis personis quas vel ipsa lex vel aliqua pietatis ratio ad ipsius hereditatem inuitabat, cũ heredẽ scripsisset quem non nisi ex malis moribus cognitum puta prodigalitatis & infamiæ suæ socium aut ministrum habuisset, nec hodie testamẽtũ valeret, tanquã nõ pertinente ad hũc casum Leonis cõstitutione, Qua sublata vel circumscripta, superest ius vetus ex quo hæc omnia æstimari oportet. Planè quod interdictione vetustius testamẽtũ habuerit prodigus, valebit, tãquã ab eo factũ qui eo tẽpore habebat bona, de quibus posset disponere. Nec enim testamẽtũ illud quod ab initio tenuit vtpote sollenniter factum, postea

§. item si quis infr. De action.

d. l. si sciens 26. De cont. empt.

d.l.Julianus de curat. furios.

l. si finita 15. §. Julianus D. de dam. infect. l. 5. in princip. eod.

l. is cui 18. D. qui test. facer. poss. Vlp. in frag. tit. 20. De test. §. mutus.

l. verbis legis 120. de verb. signif.

Leonis constitutio Nouell. 39.

d. l. is cui 18. D. qui test. facer. poss.

irritum fieri potest ex superueniente interdictione, quasi testator desierit viuus habere actiuam testamenti factionem. Non enim desinit habere absolutè ac simpliciter, sed ad tempus, id est quousque malos illos mores exuerit qui si non priùs saltem ipsius morte finiuntur, aut si mauis quandiu periculum est ne rebus suis malè vtatur. Atqui cùm mori incipit, quo tamen instanti adhuc viuit, periculum amplius nullum est ne malè vtatur. Ergo tunc saltem de bonis suis disponendi facultatem & consequenter testamenti factionem recuperat, adhuc viuus. Vt proinde nihil causæ sit cur eius testamenti confirmatio impediatur, siue testamenti, siue mortis tempus consideres, quod vtrumque spectandum esse constat. Nam si testamentum in instanti fieri posset, dubitandum nō esset, quin prodigus vltimo vitæ suæ instanti testamentum facere posset, quasi finita saltem tunc prodigalitate, cuius exercendæ nulla eo instanti facultas aut occasio superesse potest. Itaque quod moritur sine testamento non tam fit impedimento iuris quàm facti, quamuis, quod ante illud instans & quandiu tantum ei temporis superest quantum ad testamentum faciendum satis esset, testari tamen nequit, iuris & legis interdicentis non facti impedimentum esse fatendum sit. Porrò sufficit tolli impedimentum iuris quamuis remaneat impedimentum facti, quia iure semper egemus vt valeat testamentum. At facto nullo egemus, posteaquàm factum iam est. Sic & surdum & mutum negamus facere testamentum posse, Et tamen si quis post testamentum factum valetudine aut quolibet alio casu mutus vel surdus esse cœperit, ratum nihilominùs testamentum permanere admittimus, *l. qui in potestate 6. §. 1. D. qui test. facer. poss.* Nimirum quia quod omiserunt isti factionem testamenti actiuam ex facto magis, quàm ex iuris potestate proficiscitur, Vnde & hodie testari possunt dummodò ea sollennitas adhibeatur, quæ à Iustiniano inducta fuit in *l. discretis 10. C. eod.* Dices, non sufficere ad testamenti validitatem vt testator habuerit factionem testamenti vtroque illo tempore, & quo testatus, & quo mortuus est, nisi toto etiam medio tempore habuerit, Alioquin irritum fieri testamentum, puta si testator vel ciuitatem, vel etiam libertatem amiserit, quamuis eam postea recuperauerit, extra causam postliminij *l. si quis filio 6. §. irritum* iunct. *§. quatenus D. de iniust. rupt.* Sed respondendum est, immò verò sufficere vt vtroque illo tempore testamenti & mortis testator factionem testamenti habuerit: media enim tempora non nocent, non magis si quæratur de testamenti factione actiua *l. 1. §. exigit l. qui ex liberis 11. §. testamento de bonor. poss. secund. tab. l. conficiuntur 8. §. si post factum D. de iur. codic.* quàm si de passiua *l. si alienum 49. §. in extraneis D. de hered. inst.* De quo scripsi pluribus *lib. 10. Coniect. cap. 19.* Adde quod etiamsi necesse esset testatorem toto illo medio tempore factionem testamenti retinere, non tamen ei nocere deberet si non nisi ad tempus illam amisisset, quomodo amittit ille cui bonis interdictum est sicut & qui in furorem incidit. Nam & interdictio & furor temporalis est ideóque perpetuum effectum habere non potest. Deni que prodigus & furiosus quamuis desierint posse facere testamentum durante scilicet interdictione & furore, possunt tamen decedere cum testamento, nec interdictio quæ à lege fit prodigo pertinet ad ea quæ facta sint ante interdictionem, sed ad ea tantùm quæ ex eo tempore facere prodigus velit. Itaq; quāuis interdictio nō finiretur viuēte adhuc prodigo quomodo finiri probauimus, nō posset tamē facere ne testamentū ante interdictionē factū confirmari à lege posset, quia excederet id causam interdictionis

L. qui in potestatę 6. §. 1. D. qui testam. facer. poss. l. discretis 10. C. eod.

l. si quis filio 6. § irritū & § quatenus de iniust. rupt.

nis & propositum, siue legis, siue magistratus interdicentis. Accedit in prodigo cui bonis interdictũ est, quod quamuis nulla bona habere intelligatur quãdiu viuit, propter potestatem interdictionis, ea tamẽ omnia cùm moritur recuperat, quę abstulerat ei interdictio, alioqui nec legitimam hereditatem vllã habere posset, qui nulla bona moriẽs reliquisset *l. lex* Cornelia 28. *De vulg. & pup. subst.* atque ita moriente illo incipit cessare ratio illa, quæ potissimùm faciebat ne testamenti factionem habere posset. Proinde nihil impedit quominùs eo mortis tẽpore lex confirmet prodigi testamentum quod factum sit sollẽniter vel ante prodigalitatem, vel saltem ante interdictionẽ. Parũ enim faciet quod testator iam ipso testamenti tempore fuerit re vera prodigus si nondũ ei fuerat interdicta administratio, cùm prohibitio testãdi, aut quoquomodo cõtrahẽdi non ex prodigalitate, sed ex sola interdictione vim suam accipiat, tametsi prodigalitas sola ea sit quę causam dat interdictioni. Vsque adcò autẽ prodigus cui bonis fuit interdictũ testamenti factionem nõ habet, vt nec alieno testamento adhiberi testis possit *d. l. is cui.* Absurdũ enim esset vires sumere testamentũ per eum qui testari ipse non posset. Propter quam causam ita ius erat, vt testes qui in testamẽto adhiberẽtur & puberes & ciues romanos esse oporteret: quia nec impuberes testari poterãt, nec alij quàm qui ciues romani essent, *l. à qua ætate l. eius qui* 8. *l. eod. tit. l. si quis filio* 6. *§. irritum* D. *de iniust. rupt. & irrit. fact. test.* Ergo, vt ad Pomponium redeamus in *d. l. si sciens,* cur loquitur ille de eo qui à prodigo emerit sciens interdictionem? Nempe, vt puto ad melius aptandam eã differentiam quam ibi constituit inter venditionẽ factam à prodigo, & eam, quæ facta sit à debitore in fraudem creditorum. Nec enim locus vllus est quæstioni de reuocanda alienatione facta in fraudem creditorum nisi cùm is qui emit aliterve contraxit conscius fuit fraudis eámque participauit *l. quod autem* 6. *§. hoc edictum l. ait prætor* 10. *§. quod ait & seq.* D. *quæ in fraud. credit.* Cęterum, siue interdictionẽ sciuerit, siue ignorauerit is, qui emit à prodigo, certum est nõ posse illũ fieri dominum, Potest tamen ignorantia ei prodesse ne malæ fidei emptor dici queat, Nec enim cum prodigo cõtrahere prohibitum est ipso iure quousque & talis declaratus sit, & interdictio secuta, quẽadmodum in huius Principij interpretatione diximus ex *l. tres tutores* 55. *§. vlt. De admin. tutor.* In quo differt prodigus à pupillo. Malæ fidei enim emptor est quisquis emit à pupillo sine tutoris autoritate, quia ne cum pupillo sine tutoris autoritate contrahi possit sufficit generalis prohibitio, & regula iuris, nec specialis prohibitio magistratus exigitur *l. contra* 28. D. *de pact. l. pupillus* 5. *l. obligari* 9. D. *de autor. tut.* At in prodigo interdictione speciali opus est, Ideò fortasse ne magna litium oriatur occasio si ita ius constitueretur, vt prodigum quem esse sufficeret ad hoc ne cum eo cõtrahi vtiliter posset, cùm plerumque in obscuro id positum sit multis mores illos malos dissimulãtibus & ea verba præ se ferentibus ex quibus, vel prudentissimus quisque prudentes eos existimaturus esset *l. his qui* 12. *§. vlt.* D. *de tut. & curat. dat.* At pupillũ detegere, vel saltem suspicari ex ipsa facie cuilibet facile est, vt vix excusatione aliqua dignus videatur is qui cum pupillo contraxit si dicat se cum eo quasi pupillus non esset ac quòd eum puberem existimaret contraxisse. Veréque contra eum potest vsurpari quod est in regula iuris. Illum qui cum alio contrahit, vel esse, vel debere esse non ignarum condicionis illius cum quo contrahit *l. qui cum alio* 19. *D. de regul. iur.*

L. tres tutores 55. §. vlt. D. de admin. tutor.

l. his qui 12. §. vlt. D. de tutor. & curat. dat.

l. qui cum alio 19. de reg. iur.

ILLATIO IX.

De permissa vel interdicta curatori alienatione bonorum furiosi.

NOnò ex eodem Principio fit,vt curator furiosi rē quidem suā quasi furiosi tradere possit,& dominiū trāsferre,at nō similiter rē furiosi quasi suā, quia rerū furiosi dominium transferre nō potest nisi cùm eas tradit gerēs negotium furiosi *d.l.Iulianus* 10.§.*curator D.de curat.furios.*Nēpe quia neque lex 12.tab.neque prætor cùm furioso,vel prodigo curatorē dat, id agit vt faciat eū dominū bonorū furiosi, vel prodigi,sed tantùm vt ei cōcedat administrationem quatenus exigit vtilitas prodigi vel furiosi.Vnde etiā est quod nec aliter valet pignus à furiosi curatore datū quàm si furiosi vtilitate sic exigente id fecerit *l.pignus* 11.*eo.*Nec rursus,siue ab agnato,siue ab alio furiosi curatore res furiosi dedicari potest,sicut nec donari *l.ab agnato* 12.*eod.tit.*vbi ratio ista disertè redditur quod agnato furiosi eidémq; curatori nō vsquequaque & indistinctè competat rerum eius alienatio,Sed quatenus duntaxat exigit negotiorum ipsius administratio.Quā eandem rationē adfert Caius in *l.vlt.eo.tit.*vt probet curatorem furiosi nullomodo libertatē prestare posse,quoniā ea res,inquit,ex administratione non est.In tradendo autē ita res furiosi alienat curator,si id ad rerum administrationē pertineat.Ex quo subinde infert si donandi causa velit alienare nec donationē,nec traditionem quicquam valiturā, subiecta nihilominus exceptione *nisi ex magna vtilitate furiosi hoc cognitione iudicis fecerit.* Quæ tamē exceptio,vt alibi monuimus si bene memini,nō tā Caij est, quàm Triboniani aut imperiti alicuius interpretis.Adeò absurda& ridicula est.Quis enim casus excogitari possit in quo magna furiosi vtilitas exigere queat, vt ex ipsius bonis quicquā donetur?Fateor posse interdū euenire,vt ex bonis furiosi diminui oporteat ad alendā ipsius matrem,aut sororem ex eodē patre natam, cui etiā dotem constituere deberet si aliunde nubere illa honestè non posset, vt de pupillo scriptū est in *l.cùm plures* 12.§.*cùm tutor* D.*de admin.& peric.tut.* *l.*1.§.1.*D.de tutel.& rat.distr.*Sed nego hanc esse merā donationē, quæ scilicet non tā ex liberalitate quàm ex necessitate proficiscatur *d* §.*cùm tutor.* Donari enim dicitur,id demū quod nullo iure cogente cōceditur *l.donari* 29.*De don.* *l.donari* 82.*de reg.iur.* At omni iure & naturali & gentiū & ciuili alimēta matri & sorori ex eodē patre natæ filius dare cōpellitur.Est ergo id extra causam donationis & liberalitatis,potiúsque officiū dici debet quod si à tutore prætermissum esset,quāuis bona mēte,puta vt pupillū suū faceret tāto locupletiorē, eo tamē nomine tutelę teneretur,vt elegāter ait Vl.in *d.l.*1.§.*sed etsi in fi.*D.*de tutel.& ration.distr.*Produt etiā Tribonianum verba illa *cognitione iudicis.* Nec enim Vlpianus dixisset *iudicis*,sed *pretoris* cuius decretum necessariū erat quoties aliquid ex bonis etiā pupilli diminueretur,tū quoque cùm iusta esset causa diminuēdi *d.*§.*sed etsi* in illis verbis *decreto scilicet interueniente*,quamquā,vt verum fatear,est etiam mihi non parum suspecta illa clausula.Quidni enim tutori liceat etiā sine decreto prætoris id facere ad implenda pupilli sui nomine officia pietatis quod ni faciat,futurū sit vt quasi malè officio suo functus actione tutelæ proprio nomine teneatur?Quare nec decreti interponendi mentio vlla fit à Paulo in *d.l.cùm plures* §.*cùm tutor de admin.& peric.tutor.* Cęterùm si quod decretum necessariū est,nō alterius potest esse,quàm prætoris, aut proconsulis, vel presidis, qui in prouincia partibus pretoris fungatur: qui omnes

d.l.Iulianus 10.§. curator D. de curat.furios.

l.pignus 11. eod.tit.

l.ab agnato 12.eod.

L.vlt.eod.

Tribonianismus apud Caium in d.l.vlt.

L. cùm plures 12.§.cùm tutor De admin. & peric.tut.l.1.§. 1.de tute & ration.distr.

§.sed etsi d. l.1.

tamen ſicut magiſtratus erant,& quidem ex maioribus, ita iudices dici nō poterant,ſed ius dicentes,aut ſaltē cum ea adiectione,quæ ponitur in *l.non distinguemus 32.§.de liberali D.de recept.arbitr.* vbi *maiores iudices* iſti vocantur. Perpetuáque fuit prudentū ea diligentia ne vnquam iudicē cum ius dicente cō funderent,non magis quàm iudiciū cum iuriſdictione.Iudicē enim cùm ſimpliciter dicunt pedaneum intelligunt,id eſt datum à ius dicente,De quo & totus *tit.eſt de iudic.* Quod ius dandorū à ius dicentibus iudicū manſit in tempora vſque Diocletiani & Maximiani in *l.2.C.de pedan.iudic.* quæ prim-ùm induxit,vt de quibus cauſis magiſtratus cognoſcere antea nō poterant,ſed iudices dare cogebantur,de iis ipſi hodie cognoſcere extra certas cauſas cōpellantur. Ex quo factum eſt vt ad eā conſtitutionem reſpiciens Tribonianus paſſim cō fuderit nomine ius dicentis & iudicis non tantùm in reſcriptis Imperatorum vt in *l.vnic.C.de lit.conſtet.& alibi paſſ.* ſed etiā quod indignius eſt in ipſis prudentum reſponſis.Sed hoc alterius loci eſt,non huius.Illud magis ad rē noſtrā pertinet quod ſuperioribus omnino addendū eſt,minùs iuris habere hac in re curatorē furioſi quàm tutorem pupilli,nimirū quod attinet ad bonorū ipſius alienationem.Si enim tutor etiā ſine pupillo alienet rē pupilli mobilem,cuius alienatio non ſit interdicta,licèt neq; decretū interuenerit,neq; pupilli vtilitas id exigat,ſine dubio transfert dominiū dūmodo vēdiderit bona fide & putās ſe rē pupilli bene gerere,nō animo furandi & pupillū ſpoliandi *l.qui fundū 7.§.ſi tutor D.pro empt.* Nēpe quia ſi pupillus ipſe venderet autore tutore,trāsferret dominiū,quippe qui eſſet ipſe dominus.Quod autē poteſt facere pupillus tutore autore,id omne poteſt facere tutor ſine pupillo, ſi excipias aditionem hereditatis,& alia ſi qua ſunt huiuſmodi,quę perſonale pupilli factū omnimodo requirāt.Hoc ipsū enim ad pupilli vtilitatē maximè ſpectat,ne tutor egeat perſona & facto pupilli ad expedienda ea quę ad tutelę cauſam pertinent,& vt nō minùs poſſit ille ſolus quàm cōiūcta perſona pupilli.At curator furioſi nihil facere poteſt cū furioſo,quoniā furioſus nullomodo cōputatur non magis quàm ſi nullus omnino eſſet,quia nec ſenſum vllū habere intelligitur *l.ſi tibi 8.§.vnius de opt.leg.* nec certa ſpes eſt ętatē illum ei quēadmodum pupillo allaturā,cùm incertus ſit euentus reſipiſcētię *l.ambiguitatem 12.C.de vſufr.* Cur ergo licere debeat curatori furioſi transferre dominiū ſine furioſo,quod nec cum furioſo trāsferre poſſet?Neq; ſanè vtilitas furioſi vnquā exigit,vt patrimonium ipſius minuatur,quod vtiq; minuitur ſemper alienatione. Quod ſi iuſta aliqua & neceſſaria cauſa emergat,propter quā ſit permittēda alienatio,decretū tamē neceſſariū eſt,vt quod curatori deeſt ad transferendū in emptorē alienæ rei dominiū, ex legis & magiſtratus autoritate ſuppleatur.Qua ratione dubitari etiā poſſet,an rē furioſi ſaltem mobilē pignori dare furioſi curator permitteretur, cùm ex vna parte illud moueat,quod pignoris datio alienatio nō eſt *l. cùm & ſortis 35.§.1.D.de pig.act.* ex altera verò,quod prohibita alienatione cēſetur quoque prohibita pignoris datio,vtpote per quā perueniatur etiā ad alienationem *l.vlt.C.de reb.alie.non alien.* Sed placet dari poſſe ſi furioſi vtilitas id exigat,*l.pignus 11.de cur.furioſ.* quoniā datio pignoris præter id quod per ſe alinatio non eſt,poteſt etiā eſſe plerumq; neceſſaria ſi nō aliter poſſit inueniri pecunia,ſine qua tamē furioſi negotia explicari nullomodo poſſint.Sicut autē datio pignoris eſt neceſſaria plerumque, ita & quæ per eam inducitur alienatio non niſi neceſſaria eſſe poteſt, cùm ad eam deueniri ſoleat eo demum caſu, quō non

l.non diſtinguemus 32.§.de liberali D. de recept.

L.2.C.de pedan. iudic.

L.vnic. C. de lit. conſtet.

l. qui fundum 7. §.ſi tutor D.pro empt.

l.ſi tibi 8. §. vnius de opt. legat. l. ambiguitatem 12.C.de vſufr.

d.l. pignus 11.D.de curat.furioſ.

aliter satisfieri creditori possit: Necessariæ porrò alienationes semper exceptæ intelliguntur à quacumque quātūlibet generali alienationis prohibitione *l. alienationes 13. D. famil. ercisc.* Solet enim necessitas facere licitum, quod alioquin esset illicitum *l. 3. §. 1. de reb. eor.* Loquor autem de mobili re furiosi, quia rem ipsius immobilem pignori dari à curatore multò difficilius est, cùm nec tutor pupilli possit id facere, siue decreto pretoris, prohibita per orationē Diui Seueri non tantùm alienatione, sed oppigneratione *l. 1. §. 1. & vlt. eo. tit.* D. *de reb. eor. qui sub tutel.* Nec enim melioris condicionis esse potest curator furiosi quàm tutor pupilli *l. 2. C. de curat. furios.* ex qua lege nouam illationem iam efformemus.

l. alienationes 13. D. famil. ercisc. l. 3. §. 1. de reb. eor.

ILLATIO X.

De non alienandis, vel obligandis sine decreto prædiis rusticis prodigi, vel furiosi.

DEcimò ex eodem Principio fit, vt orationis Diui Seueri beneficium quo possessiones rusticas pupillorum, seu adolescentium sine decreto præsidis obligari, vel distrahi prohibitum est, quamuis de pupillis tantùm, vel adolescentibus duntaxat, non etiam de furiosis, aut prodigis locuta sit oratio, non iniuria tamen, immò eadem prorsus æquitatis ratione ad furiosi, vel prodigi curatorem porrigatur *d. l. 2. C. de curat. furios.* Ex sententia nimirum orationis, vt scriptū est in *l. qui neque 8. §. 1. in fin.* iunct. *l. si prædia 11. D. de reb. eor. qui sub tutel.* Nec enim prætextu iuris veteris, quod huiusmodi venditiones permittit, ferendum fuit, vt plus iuris haberet curator furiosi, vel prodigi, quàm tutor pupilli, cùm alioquin ex ipsius quoque iuris cōmunis ratione plus autoritatis habere debeat tutor in bona pupilli quàm curator in bona furiosi quod ad causam alienationis attinet, vt precedente illatione dicebamus. Itaque etiāsi ob vtilitatem furiosi accepta sit mutua pecunia pro qua prędium furiosi rusticum, vel suburbanum pignori datum esse proponitur, non eo magis tamen vinculum pignoris consistet, sed vtilis tantùm actio in personam furiosi dabitur, probato quòd ex ipsius vtilitate negotium gestum sit, ad pecuniam scilicet repetendā. vt in *l. 3. C. quand. ex fact. tut.* Ex quo apparet euidentius quod suprà diximus ex *l. pignus 11.* D. *de cur. furio.* pignus à curatore furiosi datū valere si vtilitate pupilli exigēte id fecerit, nō ad aliud pignus pertinere, quàm cuius datio non sit prohibita, puta quod sit rei mobilis, vel prędij vrbani: Alioquin, vt pignus teneat omnimodo necessariū est decretū, quo interueniēte adhuc quęrēdū est an furiosi vtilitas id exegerit: nō vt probationem exigamus ab eo qui pro se habet decretum, sed vt nullius momenti decretū habeatur, si probetur obreptū prætori *l. 5. §. pen. De reb. eor. qui sub tutel.* Illud tamē prætermittendū non est valde corruptum esse Vlp. in *d. l. qui neque §. 1.* neque commodam admittere constructionē, Ideòque sic legendū esse, *Et puto, quia de pupillis Princeps loquitur, & qui cōiunctim tutoribus curatores accipiūt, non pertinere, & de ceteris puto ex sententia orationis idem esse dicendum.* Ratio enim dubitandi propter quā ad furiosi quoque & prodigi curatores oratio pertinere videbatur illa erat, quia etiā de curatoribus locuta fuerat. Sed respondet Vlp. ideò locutā esse de curatoribus, quia loquitur de pupillis qui cōiūctim tutoribus curatores accipiūt. Et consequenter non pertinere ad ceteros curatores, qui non coniunctim tutoribus dātur, Nempe si inspicias verba orationis, At non similiter si sententiam & rationē quæ orationi causam dedit *d. l. 11. eo. d. l. 2. C. de cur. furio.*

l. 2. C. de curat. furios. l. 8. §. 1. l. 11. D. de reb. eor.

Sanè

Sanè non poteſt negari quin ratio illa *quia de pupillis &c.* probet orationẽ Seueri ad curatores cæteros non pertinere potiùs quàm pertinere, adeò vt neque pertineat ad curatores illius qui numquam pupillus fuit, quiq; ideò numquam habuit tutores, vt eadem ipſa ſupradicta ratio probat & innuit Vlp. in *d.l.ſi prædia* 11. quia ſcilicet de pupillis tantùm locuta fuit. Sed ex mente orationis aliud eſt, *tot.tit.De præd.minor.C.*

ILLATIO XI.

De priuilegio quod datur prodigo furioſo & dementi in bonis curatoris.

VNdecimò ex eodem Principio fit, vt prodigo furioſo & dementi priuilegium decreto prætoris concedi ſoleat in bonis curatoris, exemplo pupilli *l.& mulieri* 15.§.1.D *de curat.furioſ.* An vt habeant illi tacitam hypothecam quam pupillus habet in bonis ſui tutoris? Priuilegium enim illud & quidem magnum eſt *l.pro officio* 20.*C.de admin.tutor.l.vnic.*§.1.*C.de rei vxor.act.l.vnic.C.rem alien.gerent.non interd.rer.ſuar.alien.l.vlt.C de legit.tutel.* Minimè verò ſi inſpicias ius vetus. Primus enim Iuſtinianus fuit, qui priuilegium hoc furioſo conceſſit in bonis ſui curatoris ad ſimilitudinem, inquit, tutorum pupilli, & curatorum adulti, In *l.vlt.*§. *& ſi quidem verſ.& inuentario* C.*de curat.furioſ.* Debet igitur Paulus in *d.l.*15.§.1.*D.eod.* intelligi de priuilegio prælationis, vt ſi in vendendis bonis curatoris alij concurrant creditores perſonales iis furioſus præferatur: Nam nec aliud priuilegium habebat olim pupillus in bonis ſui tutoris temporibus Pauli & Vlpiani, vt conſtat ex *l.dabimúſque* 19.§.1.*cum tribus ll.ſeqq.*D.*de reb.autor.iudi.poſſid.* Illud enim aliud priuilegium tacitæ hypothecæ de quo proximè diximus à Conſtãtino primùm videtur indultum pupillis & minoribus in *d.l.pro officio*, cùm nulla prorſus mẽtio eius fiat in Pãdectis, in quibus tamen tot iura ſunt de pupillis eorúmque tutoribus, & de curatoribus adultorum: At neque in reſcriptis Imperatorum, qui Conſtantini tempora præceſſerunt. Quod enim ſcriptum eſt in *d.l.vnic.* C.*rem alien.gerent.* quæ eſt Seueri & Antonini, commodiſſimè ſic intelligi poteſt, vt non pertineat ad hypothecam tacitam, de qua ne verbum quidem vnum in ea conſtitutione, ſed ad hypothecam expreſſam à tutore condemnato in bonis ſuis omnibus conſtitutam, vt & in ſpecie *l.vlt.in princip.*D.*qui potior. in pign. hab.* cuius expreſſæ hypothecæ non video quænam vtilitas eſſe poſſet, ſi tacita ipſo iure ineſſe intelligeretur, cùm eoſdẽ omnino effectus habeat hypotheca tacita, quos habet expreſſa, Nec aliud ſcriptum eſt in *d.l.vnic.* niſi quod nos facilè admittimus non eſſe interdictum tutoribus, vel curatoribus quamuis ex cauſa tutelæ, vel curationis condemnati ſint, atque ita debitores conſtituti res ſuas alienare cum ſua cauſa, id eſt cum onere pignoris nimirum ſi quod ſit *l.alienatio* 67.D.*de contr.empt* Erit verò ſi ponas expreſſim & ſpecialiter conſtitutum fuiſſe, ſiue per conuentionem, ſiue per iudicati executionem *l.ſi & iure* 10.*D.qui potior.in pign.hab.* Nec enim per ſolam ſententiã in tutelæ iudicio redditã magis quàm per tutelã ipſam acquiritur ius pignoris in bonis condẽnati quouſque ventum ſit ad captionẽ & conſtitutionem pignorum in executione iudicati *l.à Diuo Pio* 15. *per tot.*D.*de re iudic.l.non eſt mirum* 26.§.1.*D.de pignor.act.l.*1.2.*&* 3.C.*ſi in cauſ.iudic.pign.cap.ſit.* Ex iudicato namque non alia

l.& mulieri 15.§.1. D.*de curat.furio. l.pro officio* 20.C.*de admin.tutor.*

l.vlt. §. *& ſi quidẽ* C. *de curat.furioſ.*

l. dabimúſque 19. §. 1. *cum ſeqq.* D. *de reb. autor. iud. poſſid.*

l.vnic. C.*rẽ alien.geren.*

L.vl.in princip. D. *qui potior.in pignor.hab.*

L. à Diuo Pio 15.D.*de re iudic.l nõ eſt mirũ* 26. § 1.D.*de pignor.act.*

nascitur actio quàm in factũ quę personalis est *l.actori* 8.*C.de reb.cred.& iureiu.*Et verò quid attinuisset dare priuilegiũ pupillo in bonis tutoris,vel adulto in bonis curatoris si habuissent illi tacitã hypothecã?Siquidẽ certũ est de priuilegiis tractari duntaxat inter creditores chirographarios, non etiã inter hypothecarios qui priuilegio nullo indigent,cùm per pignoris,aut hypothecę conuentionẽ sibi prospexerint diligẽter,ita vt qui ex iis potiores sunt tẽpore sint etiã potiores iure nisi interueniãt qui ex iusta aliqua causa etiam anterioribus sint præferendi *l.3.§.1.l.interdum* 5.*& seqq.l.potior* 11.*D.qui potior. in pign.hab.l.assiduus* 12.*C.eod.*Accedit,quod priuilegiũ iam olim datũ pupillo in bonis tutoris,certũ est eius fuisse cõdicionis,vt ad ipsius successores nõ transiret *d.l.dabimúsque §.1.* Visum enim est non tã causæ quàm personæ pupilli esse sucurrẽdũ quę meruit præcipuũ fauorẽ,ait Pap.in *l.ex pluribus* 42.*D.de admin.tuto.*vbi ex hoc infert Papinianus si ex pluribus tutoribus in solidũ tutorẽ vnũ iudex condemnauerit ísque condemnatus postea procurator in rem suam datus sit à pupillo,non idcirco habiturum eum pupilli priuilegium in bonis contutoris, quod nec heredi pupilli datur:Significans priuilegium hoc quod non est transmissibile,multò minùs cessibile esse posse,quia nimirum personale est, & pupilli personam egredi non potest *l. quia tale* 14.*De solut.matrim.*Atqui si esset priuilegium tacitæ hypothecæ,dubitari non posset, quin ad pupilli heredẽ trãsiret sicut & aliud ius quodlibet hypothecæ,siue tacitæ,siue expressę,quoniã hypotheca quęlibet rem ipsam afficit,nec priùs extinguitur , aut finitur quàm soluta sit pecunia cuius nomine cõtracta fuit hypotheca,vel aliter eo nomine satisfactũ *l.grege* 13.*§.etiam* D.*de pign.l.si rem* 9.*§.omnis D.de pign.act.l.pen.in fi. D.de except.rei iudic.d.l.vnic.§.1.iunct.§.illo proculdubio C.de rei vxor.act.*Fatẽdũ igitur est pupillum olim tacitæ hypothecę priuilegiũ in bonis sui tutoris nullũ habuisse.Quam in sententiã me illud etiam maximè mouet,quod scriptũ video in *l.1.§.ex illa* D.*ad leg.Cornel.de fals.*ex constitutione Diuorũ Seueri & Antonini falsi pœnę subiici tutores & curatores,itémq;eos qui huiusmodi officio deposito non restituerunt tutelã,vel curationẽ si interim cũ fisco cõtrahant,Nimirum si viuat is cuius tutela, vel cura administrata est , nã si decesserit,licèt nondum heredi eius rationem reddiderit,iure tamen eum contrahere placuit,nec in pœnam vllam incurrere,vt subiungit Marcian.in *§. idẽ Principes eiusd.leg.*Nõ enim alia huius rescripti ratio esse potuit , quàm ne pupillis iniuria fieret quibus necesse esset pręferri fiscũ,non modò ex priuilegio quod solet habere potẽtius cæteris omnibus creditoribus *l.quod quis* 34.*De reb.autor.iudic.possid.* (priuilegium enim fisci est inter omnes creditores priorẽ locum tenere,inquit Paulus *lib.5.sent.tit.12. De iur.fisc.& popul.§.10.*præterquàm in pœnarum fiscalium petitione *l.in summa* 17.D.*de iur.fisc.*)sed etiam ex iure communi,tanquam habentem ius pignoris taciti in bonis omnibus suorum omnium debitorum *l.auffertur.* 45.*§.fiscus eod.tit.De iur.fisc.l.2.C.in quib.caus. pign.vel hypoth.tacit.contr.l.3.4.& vlt.C.de priuileg.fisc.*Ius enim commune ita fert , vt qui habet hypothecam licèt duntaxat tacitam creditoribus cæteris omnibus chirographariis non nisi personalem actionẽ habentibus præferatur: Vt probauimus in *Error.1.Decad.6.De error.prag.* Si igitur fieret tutore contrahente cum fisco ante redditas tutelę rationes,vt minùs cautum fieret pupillo,cui fiscus esset pręferendus:quod quoniam à publica vtilitate alienum esset, quę proculdubio exigit,vt pupillis prospiciatur,visum est optimis Imperatoribus

Priuilegio indigent creditores chirographarij quamuis anteriores non etiam hypothecarij. d.l.dabimúsque 19.§.1. De reb.autor. iudic. poss. l. ex pluribus 42. D. de admin. tutor.

Ius hypothecæ siue tacitæ,siue expressa transit ad heredem.

l.1.§. ex illa D. ad leg. Cornel. de fals.

§.idẽ Principes eiusd. leg.

Paul. lib.5. sentent. tit. 12.D. iur. fisc. l. aufertur 45.§. fiscus D.eod.tit.de iur.fisc.

ribus prohibendos huiusmodi contractus, potiùs quàm inducendũ, vt in detrimentũ fisci pupillis succurreretur, cùm nõ minorẽ fisci quoq; quàm pupillorũ rationẽ haberi oporteret. At si ius ita olim iam fuisset, vt pupillus in bonis sui tutoris tacitam hypothecam haberet, nihil causę erat cur metueretur ne in dãno maneret pupillus ob contractum à tutore cum fisco initum, quandoquidem tacitæ hypothecæ ius quod haberet ille anterius, faceret eum fisco potiorem ex iure communi quo is qui prior est fisco in pignore potior etiam est iure, nulla inter expressam tacitámve hypothecam facta distinctione *l. si pignus 8. & d. l. vlt. D. qui potio. in pign. hab. l. si is qui mihi 28. D. de iur. fisc.* Secundum quod erat potiùs consulendum fisco eiúsque fauore prohibendum tutoribus & curatoribus ne ante redditas rationes contraherent cum fisco ne is deciperetur. De quo tamen Imperatores non cogitasse ex eo intelligimus, quod alioqui non tantùm tutores & curatores prohibendi erant, ne cum fisco contraherent, sed cæteri etiam omnes, quorum bona, siue expressè, siue tacitè alij iam essent obligata. Par enim, & æqualis omnibus iis casibus fit iniuria fisco, qui non nisi post alios dimissos suum sit consecuturus. Sed neque heres pupilli ab ipso pupillo separandus esset, cùm non minùs iuris haberet heres, quàm pupillus ipse, vi tacitæ hypothecæ, quippe quæ etiam ad heredem, vt iam diximus, transmittatur. Et tamen constat non incidere in crimen falsi eum, qui mortuo pupillo contrahit cum fisco ante redditam tutelam heredibus pupilli *dicto §. iidem Principes.* Non alia vtique ratione, quàm quòd priuilegium pupilli non transeat in ipsius successores *dicta lege ex pluribus 42. De admin. tutor. d. l. dabimúsque 19. §. 1. De reb. autor. iudic. poßid.* Priuilegium ergo pupilli in eo fuit, vt haberet prælationis ius inter creditores personales, non etiam vt haberet ius taciti pignoris in bonis tutoris. In quo agnoscimus ingenuè nos antehac errasse *lib. 2. Coniecturarum nostrarum cap.* 10. vbi communem illum errorem secuti sumus interpretum nostrorum, sic tractantium de tacita pupilli hypotheca, quam habet in bonis tutoris, quasi sit illa ex iure vetere non ex nouo. Moueor etiam ex *l. vltim. D. in quib. caus. pign. vel hypoth. tacit. cont.* vbi tractat Scæuola de tutoris herede qui cum pupilli herede transegerat de rationibus tutelæ, & cùm ex ea transactione maiorẽ conuentæ pecunię quantitatem soluisset in residuam partem pignus expressim obligauerat, & quærit an in veterem contractum, aut potiùs quasi contractum scilicet tutelæ res obligata esset. Respondet autem esse obligatam, Hoc nimirũ sensu, vt si fortè transactioni nõ stetur, ob ídque in eũ statũ res reducatur, in quo erat priusquàm transactio facta esset, res ab herede tutoris obligata pro summa ex transactione debita, censeatur hoc ipso etiam obligata pro vetere debito tutelæ: quod vtique frustra diceretur si ex ea tutelæ causa omnia tutoris bona tacitè obligata intelligerentur. Quamquàm non ignoro posse fieri locũ quæstioni etiã admissa tacita hypotheca si ponas rẽ ab herede tutoris obligatam nõ fuisse tutoris, sed propriã ipsius heredis. Nec enim bona heredũ tutoris etiã hodie obligata sunt pro tutela, sicut nec heredis bona pro legato quod defunctus reliquerit *l. 1. in fin. C. comm. de legat.* Sed esset ista nimia restrictio, nimísq; diuinatoria, cùm possit etiam euenire ídque multò faciliùs, vt pro debito quod fuit tutoris, obligauerit heres aliquid ex iis quęhabuerit ab eodem tutore potiùs quàm ex propriis suis bonis, tametsi nihil eius intersit,

l. si pignus 8. & l. vlt. D. qui potior. in pign. hab. l. si is qui mihi 28. D. de iur. fisc.

d. §. iidem Principes.

L. vlt. D. in quib. caus. pign. vel hypoth. tacit. contr.

l. 1. in fin. C. commun. de legat.

an ex propriis,an ex hereditariis aliquid obligauerit,ex quo cœpit ipse per hereditatis aditionem esse obligatus. Et hinc etiam est quod toties tractant Iureconsulti de tutoribus qui ab initio fuerint idonei, postea verò tales esse desierunt & lapsi sunt facultatibus,siue ipsi,siue ipsorum fideiussores, præsertim cùm disputant de magistratibus conueniendis vt in *l.1.§. si magistratus & l.quod ad heredem 6.D.de magistr.conuen.l.non est necesse 11.D.de probat.* Cui tamen quæstioni vix est vt locus esse posset si bona tutoris essent tacitè obligata cùm pignoris,siue taciti,siue expressi persecutio competat aduersus quemlibet rei possessorem,quantumuis iusto titulo possidentem *l.1.§.cùm prædium l.pignoris 17.& pass.D.de pignor.* Denique cùm tutor, vel curator qui dationis tempore fuit soluendo aliquid alienauit in fraudem pupilli, vel adulti, certum est necessariam esse pupillo,vel adulto actionem reuocatoriam contra possessores bonorum à tutore alienatorum *l.1.* in illis verbis *reuocatisque quæ eum in fraudem alienasse constiterit.C.de magistr. conuen.* quæ tamen necessaria non esset,immò nec vtilis pupillo, qui posset dicere sibi tacitè obligatas esse res quæ alienatæ reperirentur: quia nec potest fieri alienatio in fraudem eius qui rem quæ alienatur habet obligatam,quandoquidem nec fit alienatio nec fieri potest,nisi cum sua causa *d.l.alienatio 67.De contr.empt.* Obseruandum etiam illud est, si priuilegium hoc de quo tractamus quod habuit olim pupillus in bonis tutoris fuisset priuilegium tacitæ hypothecæ, non nisi contra eum qui verè tutor,vel curator extitisset habiturũ fuisse locũ, quia causa tutelæ non alterius bona posset obligare quàm eius qui tutor fuisset,nec curatio,alterius quàm veri curatoris,vt nec hodie tacitam hypothecam pupillus vllam habet in bonis alterius quàm eius,qui vel tutor verus fuerit, vel saltem pro tutore se gesserit secundum Accursij sententiam quam vulgo receptam esse video in *d.l.pro officio 20.C.de admin.tutor.* Atquin etiamsi negotium impuberis aliquis gesserit,nec tutor,nec quasi tutor,sed ex officio amicitię,placet bonis eius venditis priuilegium pupillo conseruari *l. si negotium 23. D.de reb.autor.indic.possid.* idem scilicet quod haberet pupillus in bonis veri tutoris. Priuilegium ergo prælationis inter personales creditores non tacitę hypothecæ quam nec Accursius ipse dandam putat pupillo in bonis negotiorum gestoris,& rectè. Idque adeò verum est, vt dubitatum etiam sit an idem priuilegiũ deberet habere pupillus in bonis magistratus,Quãuis placuerit,nõ habere,sed cũ cæteris creditoribus magistratus qui tutorẽ dedit pupillũ cõcurrere *d.l.1.§.priuilegium D.de magistr.conuen.* At quis credat de illo vnquã fuisse tractatum,An pupillus haberet olim ius tacitæ hypothecę in bonis magistratus quod nec hodie habet? Ex his igitur omnibus satis constare arbitror pupillum tacitæ hypothecæ priuilegium quod hodie in tutoris sui bonis habet,olim non habuisse:furiosum verò cõsequenter multò minùs olim habuisse,hodie tamen habere ex noua Iustiniani constitutione in *d.l.vlt.C.de curat. furios.* Quæ tamen cùm non loquatur nisi de curatore furiosi, dubitari adhuc potest,an perinde locum habere debeat in curatore dato dementi,vel prodigo,cui bonis fuerit interdictum. Et quamuis horum omnium eadem ratio sit quod pertinet ad priuilegium personalis actionis *d.l.dabimúsque in fin.cum duab.seqq.de reb.autor. indic.possid.* difficilius tamen est, vt sine legis alicuius autoritate priuilegium tacitæ hypothecæ quod curatori furiosi nominatim datum est cæteris accommodemus: Sicut & fatendum est ante illam Iustiniani

L.1. C. de magistr.conuen.

l. si negotiũ 23. D.de reb.autor.indic.possid.

l.1.§.priuilegium D. de magistr.conuen.

d.l.vlt.C.de curat furio. d. l. dabimúsque 19. in fin. cum seqq. De re. autor.indic. possid.

stiniani constitutionem ita ius fuisse, vt quamuis Constantinus priuilegium illud tacitæ hypothecæ pupillo iam dedisset, furiosus tamen non perinde illud haberet, cuius nihilominùs tantus erat iam fauor vt in priuilegio personalis actionis non alio quàm pupillus iure censeretur. Fateor non iniquum fore si idē ius & priuilegium in dementi quoque & prodigo accommodetur. Sed iuris religiosior sum, quàm vt velim agere Imperatorem, vel facilè pati vt interpretū autoritate id inducatur, quod requirat imperatoriam sanctionem. Illud sanè cōstat, si datus sit curator bonis vel absentis vel ab hostibus capti, vel dum deliberant scripti heredes de adeunda hereditate non oportere priuilegium iis dari, quia non in ea causa sunt vt tantum fauorem mereantur, quantum pupillus, demens, prodigus & furiosus *l. idem priuilegium* 22. *§.* 1. *De reb. autor. iudic. possid.* Itaque quod ait Paulus in *d. l. & mulieri* 15. *§.* 1. *D. de curat. furios.* prodigum, & omnes omnino, etiamsi in edicto non fiat eorum mentio in bonis curatoris consequi priuilegium decreto prætoris, non vsque adeò generaliter accipi debet vt ad omnes cuiuscunque generis curatores pertineat, sed ad eos tantum spectat qui furiosis vel prodigis similes sunt, id est qui personis ipsis quæ rebus suis superesse non possunt dantur, puta qui surdo muto, vel fatuo & aliis huiusmodi personis quas debiles vocat Vlp. in *d. l. dabimúsque in fin.* iunctis *duab seqq.* non cæteri qui bonis dantur. Sermo enim quantumlibet generalis restringendus semper est ad casus similes expressis, vt omnium apertissimè hic Pauli locus probat, si Paulus cum Vlpiano coniungatur in *d. l. idem priuilegium.* Solétque idipsum à nostris probari nec malè ex *l. vlt. in fin.* D. *de tritic. vin. vel oleo legat.*

l. idem priuilegium 22. *§.* 1. *eod.* *l. & mulieri* 15. *§.* 1. *D. de curat. furios.*

L vlt. in fin. De tritic. vin. & oleo legat.

ILLATIO XII.

De interdicenda mulieri luxuriosè viuenti bonorum suorum administratione.

DVodecimò ex hoc eodem Principio fit, vt mulieri quoque luxuriosè viuenti bonis interdici possit tanquam prodigæ *d. l. & mulieri* 15. *in princip.* D. *de curat. furios.* & apud Paulum *lib.* 3. *sent. tit.* 4. *§. mulieri*, & consequenter curatorem ei dari oporteat. Quem enim expensarum finem & modum potest habere luxuria præsertim verò in muliere?

d. l. & mulieri 15 *in princip.* *Paul libr.* 3. *Sentent. tit.* 4. *§ mulieri.*

ILLATIO XIII.

De confirmando curatore quem pater dederit furioso etiam maiori 25. *annis.*

DEcimotertiò ex eodem Principio petenda est ratio dubitandi ad *l. si furioso* 16. *D. eod. tit. De curat. furios.* vbi Thryphoninus tractat de furioso nō solùm pubere, sed etiam maiore vigintiquinque annis, cui pater testamento suo dederit curatorem. Et ait prætorem sequi debere voluntatem patris & hunc ipsum dare filio curatorem, quia tametsi lex duodecim tabularum iubeat furiosum in potestate esse agnatorum, ac proinde videatur hic pater contra legem testatus esse (quandoquidem non quemadmodum patri licet alium quàm proximum agnatum filio tutorem dare, ipsa etiam lege id ei permittente, ita & curatorem ipsi dare potest, præsertim maiori annis vigintiquinque, cui nec

l. si furioso 16. *D. eod. tit. De cur. furios.*

Lex Laetoria. ex lege Lætoria curator dari posset quæ de minoribus tantùm & adolescentibus locuta fuit) cùm tamen non alia de causa curatorem prodigo & furioso dari lex voluerit quàm vt eorum personis bonísque omnibus quàm optimè consultum esset, in eóque nihil sit quod certius sequi possit prætor quàm iudicium patris, cuius erga filium pietas nequeat esse suspecta, Euenit hoc casu quod in alia quamuis dissimili specie scribit Papin. in *l. pater* 10. *ad fin. D. de captiu. & postlim.* vt non sit alienum prætorem subsequi non minùs patris, quàm legis voluntatem, vt quemadmodum curatorem eum daret quem lex nominaret id est agnatum proximum si nihil pater in contrarium constituisset, ita cùm patris voluntatem videt non alium dare debeat quàm eum ipsum quem pater dedit. Id enim est quod Tryphoninus ait, dationem hanc curatoris tenere apud prætorem, id est licèt ipso iure non teneat nec à lege adprobetur, à prætore tamen tuendam esse, ídque Diui Marci rescripto contineri. His consequens est, inquit, vt & si prodigo curatorem dederit pater, voluntatem eius sequi debeat prætor, cúmque ipsum dare curatorem. Quemadmodum enim eadem furiosi & prodigi ratio est in lege 12. tabul. ita & eadem esse debet apud prętorem: cùm agitur de conseruanda voluntate patris quem credendum sit filio suo siue furioso siue prodigo æquè bene prospicere voluisse. Sequitur apud Thryphoninum *sed vtrum* omnimodo curatorem hunc dabit prætor an ita si futurum esset vt nisi pater aliquid testamento cauisset prætor ei bonis interdicturus esset? Sicut enim permittendum est patri vt filio curatore indigenti consulat, ita nec facilè ferendum est vt eo prætextu abutatur pater ad auferendam filio suo in quem fortassis malè affectus sit, bonorum suorum administrationem. Nec sanè video cur subiici debuerit hæc clausula, cùm præcedens sententia Tryphonini esset de prodigo, neque nisi ineptè possit dubitari an dãdus sit à prætore curator, quẽ filio tanquã prodigo pater dedit nisi ponas reuera prodigũ esse: Sapitque non parum hæc ineptia meo iudicio Tribonianum. Sicut & illa sequens adiectio *& maximè si filios habeat iste prodigus.* Quid enim refert an liberos habeat prodigus nécne vt eo magis minúsve cogatur accipere curatorem? Non nego prouidendum esse liberis prodigi ne ex patris prodigalitate deducantur in egestatem. Sed dico non nisi in consequentiam id fieri oportere, quia prodigo ipsi primò & principaliter prouidendum est, ne quod ad bona sua furiosi exitum faciat, nec minùs si liberos nullos habeat quàm si habeat. Alioqui si nepotibus solis prouidendum esset, posset id commodissimè fieri alia ratione quàm curatoris datione, vt subiicitur in versic. potuit, Nempe si pater idémque auus iussisset nepotes heredes esse & filium exheredasset eíque quod alimentorum nomine sufficeret certum legasset, addita causa necessitatéque iudicij sui. Hoc enim casu non haberet filius quod conquereretur de exheredatione quam pater non notæ causa sed bona mẽte quo magis ipsi etiam filio nedum nepotibus consuleret, fecisset, vt & in specie *l. multi* 18. *D. de liber. & posthum. & l. 3. §. cùm Pollidius* D. *de vsur.* Ex quo tamen, vt hoc obiter moneamus, caue ne inferas quod quidam inferunt exheredationem non aliter valere quàm si eius causa testamento inferatur. Id enim hodie quidem verum est post Iustiniani constitutionem *Nouell.* 115. *vt cùm de appellat. cognosc. §. aliud quoque capitulum,* sed olim & Thryphonini temporibus falsum fuit, valebâtque exheredatio etiam cuius nullam causam testator expressisset, si modò aliquam heres institutus allegare posset, adeò vt nec allegatam eam pro-

l. pater 10. ad fin D. de capt & postlim.

d. l. si furioso 16. de curat. furios.

Tribonianismus apud Tryphoninum.

l. multi 18. de liber. & posthum. l. 3. §. cũ Pollidius D. de vsur.

Nouell. 115. Vt cùm de appell. cogn. §. aliud quoque capitulum.

probare deberet, sed liberis incumberet onus probandi, quod obsequium debitum iugiter parentibus præstitissent *l. liberi 28. C. de inoff. testam.* quod ipsum tamen etiam à Iustiniano correctum est in *l. omnimodo 30. eod.* Solebat tamen inseri causa exheredationis cùm fiebat bona mente exheredatio, vt in hac nostra specie & in *d. §. cum Pollidius l. 3. de vsur.* non tam quòd necesse esset, quàm vt constaret bona mente factam exheredationem, ne periculo querelæ inofficiosi testamenti iudicia testatoris subiicerentur. Cæterùm in hac specie quam tractamus cùm ab auo instituti sunt nepotes ex filio prodigo exheredato, ponendum est, & emancipatum fuisse filium, &, nepotes in potestate retentos. Alioqui nec filio nec nepotibus satis bene consuluisset testator, qui filio exheredato nepotes instituisset, cùm ea ratione perinde fieret vt tota hereditas ad filium perueniret quippe quem nepotes facerent heredem, & quidem necessarium patri suo. *l. qui in aliena 6. §. interdum D. de acquir. hered.* Etsi autem nihil est in præcedentibus ex quo appareat filium illum prodigum de quo instituta fuit dubitatio, emancipatum fuisse, hoc ipsum tamen satis ex eo solo infertur quod de prodigo agitur. Qui enim filiusfamilias est, ideóque nec bona vlla habet, quomodo prodigus videri possit? aut vnde facturus impensas, quarum nec modum nec finem vllum habeat? Nisi fortè ponamus habuisse eum aliquod peculium, siue castrense, aut quasi castrense, siue profectitium, siue etiam aduentitium: ex cuius nimirum administratione non difficilè possit pater prudens & sagax malos filii sui mores coniicere, indéque moueri vt ei quamuis non emancipato det curatorem. At emancipato filio prodigo ponendum est nepotes ex eo susceptos in aui potestate retentos fuisse, quia si poneres natos eos ex filio post emancipationem, essent in sui patris potestate, atque ita iure potestatis hereditatem aui patri acquirerent, nisi essent instituti sub condicione emancipationis, quomodo plerumque institui olim solebant à testatoribus qui nolebant ad patres institutorum hereditatem peruenire *l. quidam 46. D. de hered. instu. l. duos 70. l. si cui 92. & seq. D. de condic. & demonstr.* At rursum institutis nepotibus sub condicione emancipationis, adhuc tamen non satis bene prouisum nepotibus videtur. Quid enim si pater nolit consentire emancipationi? Nam cùm patria potestas inæstimabilis res sit, non est cogendus pater vt liberos suos inuitus emancipet *l. filiusfamilias 114. §. sed si liberos De legat. 1.* Nisi ab eodem testatore aliquid acceperit sub ea condicione aut saltem ea contemplatione vt eos emanciparet *d. l. si cui 92. De condict. & demonstr.* Quamquam dissimulare non possum, quin durum mihi videatur, vt prodigus qui nihil ex bonis suis alienare potest post interdictionem, possit nihilominus liberos suos emancipare, præsertim si vltrò id facere velit nec de eo rogatus à patre, quomodo tamen Baldus locum illum intellexisse videtur. Patre enim ita præcipiente facilius est vt filio voluntatem eius sequi permittatur: Etsi nec video cur auus qui filii mores suspectos habet, eique tanquam prodigo curatorem alioqui daturus sit, rogare illum velit, aut iubere vt filios emancipet, quem scit in eo statu esse vt debeat nihil posse facere, quod ad rerum suarum dispositionem pertineat. Quamuis enim bonorum interdictio nihil commune videatur habere cum liberorum emancipatione quia liberi nostri in potestate quidem nostra sunt, sed tamen in bonis nostris non sunt *l. impuberi 40. D. de admin. tutor.* absurdum tamen videtur ei licere

l. liberi 28. C. de inoff. testam. l. omnimodo 30. eod.

l. qui in aliena 6. §. interdum D. de acq. hered.

l. quidã 46. D. de hered. inst. l. duos 70. l. si cui 92. & seq. D. de cond. & demonst.

l. filiusfamilias 114. §. sed si liberos de leg. 1. & d. l. si cui. d. l. si furioso.

l. impuberi 40. D. de adm. tutor.

quod plus est cui non licet quod est minus *l.non debet* 21. *De reg. iur.* maximè cùm negari non possit eius qui liberos suos emancipat patrimonium hoc ipso valde diminui, non quasi æstimatione facienda patriæ potestatis quæ inæstimabilis est, vt diximus, sed propter amissum commodum eorum omnium quæ patri per filium in potestate retentum acquiri potuissent *l.1.D.si à parent.quis manum.sit.* In specie verò nostra tantò absurdius est filium cui tanquam prodigo curatorem pater dare potuerit rogari vel iuberi vt liberos suos emancipet, quòd ponimus nihil ei fuisse relictum hac lege vt liberos emanciparet, quem è contrario lex ponit exheredatum. Si tamen emancipare pater eos velit, non nego valituram emancipationem, quia eum casum tractamus quo non fuerit ei bonis interdictum, nec acceperit curatorem aut à patre, aut à prætore. Sequitur apud Tryphoninum *sed per omnia iudicium testatoris sequendum est,* quibus verbis respondetur ad propositam initio quæstionem, An omnimodo prætor confirmare debeat curatorem à patre datum filio tanquam prodigo, an verò ita demum si futurum esset vt nisi pater aliquid testamento cauisset, prætor ei bonis fuisset interdicturus. Placet ergo esse omnimodo confirmandum, id est etiamsi filium hunc reuera prodigum non esse constet: Sic enim omnino accipienda esse supradicta verba ex eo apparet, quod non aliter futurum erat vt prætor ei bonis interdicturus esset, quàm si eum reuera prodigum esse constitisset. Et tamen quid absurdius dici potest, quàm eum qui reuera prodigus non sit ob hoc solum quod pater ei tanquam prodigo curatorem dederit, cogi & curatorem accipere, & priuari rerum suarum administratione? Nõ nego, quod Alciat. ex eo loco intulit, præsumi prodigum eum quem pater suo testamento prodigum appellauerit. Sed nego tantam debere vim esse illius præsumptionis, vt non debeat præualere veritas de qua in contrarium constet apertissimè. Nam quemadmodum reipublicæ interest prodigis curatorem dari ne rebus suis abutantur, ita & è contrario interest etiam reipubl. non haberi pro prodigo eum qui reuera prodigus non sit, ne tam facilè libero & ingenuo homini auferatur non tantùm administratio libera rerum suarum, sed etiã quod multò indignius fuerit factio ipsa testamenti quam simul cum bonis prodigo auferri suprà diximus ex *l.Iulianus* 10. *D.eod tit.de curat.furios.l.is cui* 18. *D.qui testam.facer.poss.* iunct. *l.2.D.si à parent.quis manum.sit.* Alioqui, vt in præcedentibus attigimus, eueniet facilè vt pater nouercalibus fortasse delinimentis instigationibúsque corruptus, malignè circa sanguinem suum inferens iudicium quod plerumque fit, vt ait Caius in *l.4.D.de inoff. testam.* prodigum filium suũ appellet qui tamen nihil minùs reuera sit, quàm prodigus. Quòd si patri non creditur, cùm filium tanquam ingratum exheredat, nec si causam ingratitudinis exprimat, adeò vt nec hodie probatio à liberis exigatur, sed ab heredibus patris, neque rursus cogitur prætor sequi iudicium patris in omnibus, sed ita demum si non fuit pater ignarus eorum omnium quæ prætor comperta habet, vt in *l.vtilitatem* 10. *D.de confirm.tutor.* quantò minùs ferendum est vt cogatur prætor omnimodo sequi voluntatem patris, præsertim contra filium non solùm maiorem annis 25. sed etiam emancipatum & ei tanquam prodigo quem vitæ probatissimæ esse videat, curatorem dare? Ratio autem quæ apud Tryphoninum subiicitur in fine legis *ne quem pater vero consilio prodigum credidit eum magistratus propter aliquid, fortè vitium suum, idoneum putauerit* præter id quod inconcinnè satis concepta est, etiam ridicula videtur. Quomodo enim

l.1.D.si à parent. quis manum sit.

d. l.si furioso.

d.l.Iulianus d. l.is cui l. 2. D.si à parent. quis manu. sit.

l.4.D. de inof.testam.

enim verũ esse potest consilium & iudicium patris qui filio tãquã prodigo curatorem dedit, si è contrario constet reuera prodigum eum non esse? Nam hic præcisè casus est de quo quærimus, & in quo voluit Tribonianus, vt iã quod sẽtio aperiam sequendum omnimodo iudicium patris à prætore. Deinde si lex tam benè præsumit de patre vt non facilè suspicetur habiturum eum pro prodigo filium qui re vera prodigus non esset, cur de prætore ipso qui præcipuus magistratus & viua vox ipsius legis, tam malè ipsa etiam lex præsumet, vt si causa cognita compererit ille & pronunciauerit, reuera prodigum non esse filium quem pater prodigum appellauit, credendus sit vicio suo, id est per sordes aut per gratiam nedum per imperitiam potiùs quàm probè & rectè ac ex rei veritate pronunciasse? Immò quod grauius est, nec inquisitioni locum amplius superesse, si fortè prætor ipse existimationis suæ tuendæ gratia seipsum onerare velit nouis probationibus veritatis? An non potiùs præsumendum est tantæ dignitatis magistratum pro sua grauitate non aliter esse iudicaturum, quàm Princeps ipse esset iudicaturus, vt de præfectis prætorio scriptum est in *l. vnic.* §. 1. D. *de offic. præf. præt.* An non ratio publicæ vtilitatis facere potius deberet vt quod à prætore etiam per sordes aut per gratiam pronunciatum esset ratum haberi oporteret? *l. seruo 65. §. cùm prætor* D. *ad SC. Treb.* Fateamur ergo quod res est totam illam quæstionem Triboniani esse non Tryphonini: idque fiet probabilius, si iungas quod in præcedentibus diximus ab eodem Triboniano corruptam *l. vlt. eod. tit.*

l. vnic. §. 1. D. de offic. præf. prætor. l. seruo 65. §. cùm prætor D. ad SC. Trebell.

ILLATIO XIV.

De curatoribus etiam post impletam legitimam ætatem dementi vel furioso dandis.

DEcimoquartò ex hoc Principio fit, quod scriptum est in *l. 1. C. hoc tit. de curat. furios.* vel prodigi, curatores etiam impleta legitima ætate prodigis vel furiosis tribui solere. Sic enim is locus accipiendus est, non autem ita vt nõ nisi post impletam legitimam ætatem isti curatores dentur. Si quis namque nondum impleto vicesimoquinto anno furiosus fiat, certum est dandum ei esse curatorem, non tanquam minori, sed, quod longè diuersum est, tanquam furioso. Nec enim furor vicium est ætatis, sed morbus, quem spes non est plena ætate finitum iri. Prodigalitatis adeóque etiam dementiæ alia ratio est. Non enim malè possunt ista dici vicia ætatis, nec improbabilis spes illa est futurum vt ad sanam mentem sanósque mores redeat is qui nũc & demẽs & prodigus est vbi compleuerit vicesimumquintum annum. Ideoque curatorem ei oportet dari non tanquam prodigo aut dementi, sed tanquam adolescenti *l. 3. §. 1. D. de tutel.* quo loco etsi non tantùm de prodigo & demente, sed etiam de furioso idipsum traditur, hac parte tamen corruptum fuisse locum à Triboniano docuimus ad *Princip. 1. illat. 6.* Nec quod similiter prodigi & furiosi eadem ratio constitui videtur in *d. l. 1. nobis obstat.* Eadem enim est in eo vt impleta ætas legitima non impediat quominus tam huic quàm illi curator detur: at non etiã in eo, vt ante illam ætatem curator furioso dandus sit tanquam minori, quomodo prodigo daretur. Sicque explicat Iustin. in *§. furiosi Inst. de curat.* cùm ait furiosos & prodigos licèt maiores sint annis vigintiquinque, esse tamen curatione agnatorum ex lege duodecim tabularum.

L. 1. C. de curat. furios.

l. 3. §. 1. D. de tutel.

§. furios. inst. De curat.

ILLATIO XV.

De restitutione per curatorem furiosi petenda.

DEcimoquintò ex eodem Principio fit, vt quamuis restitutionem in integrum alterius nomine petere sine speciali mandato nemo possit *l. illud nullam 25.§.1.cum l.seq. D.de minor. l.vnic.C. etiam per procur.caus.in integ.restit. agi poss.* curator tamen furioso datus possit ipsius nomine restitutionem postulare, si quid furiosus gesserit quod per in integrum restitutionē rescindi oporteat. Cuiusmodi pleraque esse possunt non ex iis quidem quæ furiosus durante furore gesserit (hæc enim constat ipso iure non valere, ideóque nec per in integrum restitutionem rescindi posse *l.5. De regul.iur.* iunct. *l.in causa 16. in pr.* D.*de minor.*) sed ex iis quæ fecerit ante furorem. Sicque accipiendum est rescriptum Gordiani in *l.si pater 3.C.de curat.furios.* vnde sumpta hæc illatio est.

L.si pater 3. C.de curat. furios.

ILLATIO XVI.

De furiosa quæ repudiauit maritum, vel ab ipso repudiata est.

L.cùm repudiante 4.C. eod.

DEcimosextò ex eodem Principio fit, quod scriptum est in *l.cùm repudiante 4.C.eod.tit.* si furiosa sui iuris constituta maritum repudiauerit qui è cõtrario solus eam repudiare potuit (nec enim furiosa repudium marito mittere potest cùm non habeat voluntatem *l.4.D.de diuort.l.si cùm dotem 22.§ si maritus D.solut.matrim.*) deinde verò furiosæ mater nomine filię cum ipsius quondam marito contraxerit (sic enim lex loquitur quia ponit repudium à furiosa missum à marito acceptum admissúmque vltrò fuisse) non posse contractum valere nec furiosæ nocere, Nempe quia vt lex ait rerum eius filiæ defensio non pertinuit iure ad matrem (sic enim legendum est non vt vulgo *cùm res eius*) sed tantùm ad curatorem qui filiæ furiosæ dari debuit, vel ob id maximè quod mater nisi quæ tutrix liberorum est ius administrationis in bonis eorum nullū habet *l.filia 88.D.de solut.* Non alius erit sensus *d.l.4.* si aliam lectionem sequare quæ sic habet *cùm repudiante furiosam sui iuris constitutam marito*, quæ lectio mihi magis placet. Quid enim attinet ponere repudiatum maritum ab vxore furiosa quæ illum repudiare non potuit?

Emendatio & vera lectio d.l.cùm repudiante.

ILLATIO XVII.

De fratre emancipato fratris furiosi curatore legitimo.

DEcimoseptimò ex eodem Principio fit, vt postquàm ab Anastasio inductum fuit vt fratres emancipati ad fratrum suorum quamuis in potestate retentorum legitimam hereditatem vocarentur perinde acsi essent agnati proximi, illud quoque in consequentiam ab eodem Anastasio induci conueniens fuerit vt furiosis fratribus & sororibus perinde legitimi curatores existerēt, & quidem quod magis mirum est ex lege duodecim tabularum vt scriptum est in *l.ne lucrum 5.C.de curat.furios.* Nimirum quoniam lex 12.tab. licèt nullā prorsus emancipatorum rationem habuerit, eandem tamen rationem constituit successionis & curationis furiosorum & prodigorum deferendo curationem agnatis proximis quibus ex alio capite defert hereditatem. Hodie igitur ex Anastasij constitutione fratres, quamuis emancipati, & heredes sunt & curatores legiti-

L. ne lucrū 5.C.eod.

legitimi. Alioqui dicendum esset lucrum duntaxat successionis antea indebitæ emancipatis fuisse iis ab Anastasio delatum, onus verò nullum fuisset inflictum quod absurdum foret vt eadem lex fatetur.

ILLATIO XVIII.

De furioso habente dilucida interualla.

DEcimooctauò ex eodem Principio fit, vt si furiosus non continuo furore percitus sit, sed eo qui nonnunquam intermittatur, & dilucida habeat interualla, hoc ipso desinat iis interuallis esse in curatione, possitque solus agere omnia sine curatore, quia cùm solus furor ille sit propter quem necesse fuerit dari curatorem, consequens est vt finito furore curatoris quoque ius & potestas finiatur *l. cum alijs 6. C. de curat. furios.* vbi tamen Iustinianus iuris veteris vt ille ait, ambiguitatē decidens constituit vt non idcirco curator nomen amittat curatoris, sed potestatem duntaxat & effectū, vt scilicet redeunte furore non sit necesse nouum ei curatorem dari, quod necesse esset si prior curator esse desiisset. Alioqui sæpius euanescente mox redeunte furore crebra & quasi ludibriosa fieret curatoris creatio, & tam frequenter nasci, quàm desinere videretur. Quamquam fatendum est ita fuisse ius vetus vt ipso iure & furiosus & prodigus desinerent esse in potestate statim atque ille animi, hic morum sanitatem recepisset. *l. 1. D. eod.*

l. cùm alijs 6. C. de curat. furios.

L. 1. D. eod.

ILLATIO XIX.

De filiofamilias furioso habente peculium castrense vel aduentitium.

DEcimononò ex eodem Principio fit, vt si furiosus sit in potestate patris, & habeat bona siue castrensia siue aduentitia in quibus administrandis nihil alioqui iuris pater habere posset, curator tamen ei nullus dādus sit, sed sufficiat quod habet patrē in cuius potestate est. *l. vlt. in pr. C. eo.* Quomodo enim posset ille eodem tempore in duorum esse potestate? Aut cur aliū ei quæramus administratorē meliorē quàm patrem? Nullus siquidem affectus paternus talis inueniri potest vt vincat paternum, inquit Iustin. in *d. l. vlt.* Nisi fortè proponas talem esse patrem qui & ipse curatore indigeat puta quòd sit prodigus aut demens. Quo casu alius quidem quàm pater bonorum ipsius administrationē habere debebit, sed non alius quàm qui erit constitutus curator patris, si vtriq; administrationi possit sufficere, vt patriæ potestatis ius quàm minimum fieri poterit violetur, & filius hoc ipso videatur in patris sui potestate constitutus, quod in eiusdē curatoris potestate erit in quo & ipse pater: Quomodo suprà diximus iure vetere quo tutela legitima etiam pupillo qui proximus agnatus esset deferebatur, ita obseruatum fuisse, vt qui pupilli tutor esset idem etiam eius qui in pupilli tutela & potestate esset, tutelam gerere deberet.

l. vl. C. eod.

ILLATIO XX.

De hereditate alterius quàm patris delata furioso.

VIcesimò ex eodē Principio fit, vt si delata sit furioso hereditas alia quā paterna (paternam enim certū est acquiri ipso iure furioso sicut & alij cuilibet suo heredi, cùm ponamus fuisse illum in patris sui morientis potestate *d. l. vlt. §. sin verò perpetuo C. eo.*) permittatur curatori agnoscere bonorū possessionem nomine furiosi *d. l. vltim. §. sin autem*, vbi quamuis Iustinianus dicat ita se

d. l. vlt. sin verò perpetuo. & §. sin autem.

constituere ad tollendum certamen quod antiqui iuris autores magnum, vt ille refert, habuerunt, nihil tamen est in libris nostris ex quo possit coniici quẽquam ex Iureconsultis in ea fuisse hæresi vt negaret curatorem furiosi posse ipsius nomine agnoscere bonorum possessionem. Extátque contra scriptum in *l. si ad pupillum 11. D. de autor. tut. & in l. unic.* D. *de bonor. poss. furios. infant.* Illud sanè semper constitit furiosum ipsum nec hereditatem adire, nec bonorũ possessionem petere potuisse ne quidem curatore autore in eóque minùs iuris quàm pupillum habuisse, quod & Iustinianus incorrectum reliquit *d. §. sin autem*. De quo etiam scripsimus in Principij huius interpretatione.

l si ad pupillum 11. D. de autor. tutor. l. unic. D. de bonor. poss. furios. infant.

ILLATIO XXI.

De curatore furiosi dato per patrem, confirmando sine inquisitione.

Vicesimoprimò ex eodẽ Principio fit, vt curatorum furiosi eadem ratio sit quæ cæterorũ & tutorũ & curatorũ vt si testamento dati sint à patre, quãuis dandi ius non habuerit, confirmandi tamen sint sine satisdatione & sine inquisitione, actis interuenientibus & præstito iureiurando de omnibus bene & ex furiosi vtilitate administrandis *d. l. vlt. §. & si quidem*, vbi additur inuentariũ bonorum furiosi cum omni subtilitate publicè conscribendum esse, & omnia curatoris bona intelligi tacitè obligata furioso, ad similitudinem, inquit lex, tutorum pupilli & curatorum adulti. Si verò testamẽtarius curator nullus sit, sed vel legitimus dandus sit vel alius à magistratu eligendus cessante legitimo, vel ex aliqua causa non satis idoneo existente, distinguit Iustinianus, an furiosi persona sit nobilis necne, vt si sit nobilis curator ei dãdus sit à toto Senatu, sin minùs, à solo præfecto vrbis, Vtroque verò casu ex inquisitione & consequenter sine satisdatione, si curatoris facultates non satis idoneæ reperiantur, Cum satisdatione verò quatenus tamen præstari possit: Omnimodo autem facto vt proximè dictum est inuentario publico, præstitóque sacramento: obligatisq; furioso bonis omnibus curatoris. Idémque in prouinciis obseruari vult Iustinianus nisi quod pro Senatu vel præfecto vrbis nominat ille episcopũ ciuitatis & tres primates per quos ad eiusmodi curatoris electionẽ & creationẽ procedatur. Illud valde nouum & mirum est, quod subiicit Iustin. in *d. l. vlt §. sin autem & seq.* agnita per furiosi curatorem bonorum possessione quæ furioso delata fuerit, si furiosus resipuerit, licere ipsi repudiare ita ne ex agnitione per curatorẽ facta prægrauetur, si verò in eodẽ furore decesserit aut ad se quidẽ reuersus, sed ante declaratam suam voluntatem, idem etiam ipsius heredi permittendum, vt bonorum possessionem furiosi nomine agnitam non magis retinere quàm furiosus ipse cõpellatur, eóque casu à substantia furiosi ilico separentur bona omnia quę furioso fuerant acquisita quasi nec fuissent ab initio ad eum deuoluta: ita enim fit vt bonorum possessio furiosi nomine agnita per curatorẽ videatur nõ acquiri furioso, cùm si semel acquisita esset repudiari postea non posset *l. 1. §. decretalis D. de success. edict.* Et quamuis non sit iniquum in hoc faueri furioso ne ex facto sui curatoris æri alieno obligetur, multò tamen durius illud est in persona heredis, cui potest imputari cur hereditatem furiosi adierit quam sciebat aut scire debebat obstrictam fore æri alieno quod curator per agnitionem bonorum possessionis furioso delatam contraxerat. Sed videtur Iustinianus ad id respexisse, nec malè, quod furiosi quoq; interest maximè vt hac in re nõ minùs here-

d. l. vlt. §. & si quidem C. de curat. furios.

d. l. vlt. §. sin autem & seq.

l. 1. §. decretalis D. de succ. edict.

heredi ipsius, quàm ipsi succurratur, quoniã ipsius interest, vt & alterius cuiuslibet patrisfamilias, heredem habere, cùm tamen facilè sit futurũ vt metu onerum hereditatis furiosi timidiùs quis adeat ipsius hereditatẽ. Quomodo de pupillo scriptum est in *l. Iulianus 42. aliàs l. si pupillus D. de acq. hered.* Pendet igitur effectus bonorum possessionis furiosi nomine agnitę per curatorem in id vsque tempus quo eam vel furiosus ipse post resipiscẽtiam, vel ipsius heres ratam eã habuerit. Quod non puto ante Iustiniani tẽpora obtinuisse, sed omnimodo & absolutè acquisitam furioso bonorum possessionem, quam ipsius nomine curator agnouisset, salua furioso ipsiúsve heredi actione contra curatorẽ si damnosam bonorum possessionem fuisse probaretur, vt apertissimè probat *l. si ad pupillum 11. D. de autor. & consens. tutor. & curat.* Itémque quod Iustinianus ipse in fine *d. l. vlt.* scribit in hęc verba *cautione videlicet, vel satisdatione, quæ antiquitus fuerat introducta super postea venientibus ad furiosos successionibus minimè præstanda.* Sic namque innuit præter eam satisdationem quam curatores omnes pręstare solebãt, moris fuisse olim: vt hęc præterea satisdatio specialior præstaretur, quantum ad hereditates furioso obuenturas, Nimirum quò magis cautum esset furioso in ea re in qua maius periculum versaretur. Cætera eius constitutionis capita nihil continent quod sit aut difficile aut nouum.

l. Iulianus 42. aliàs l. si pupillus de acq. hered.

d. l. si ad pupillum 11. D. de autor. tutor.

d l. vlt. in fi. C. de curat. furios.

PRINCIPIVM IV.

De tutoribus & curatoribus datis, & vt loquuntur datiuis.

TVtoris & curatoris dandi ius habent ij tantùm magistratus quibus specialiter id concessum est, vel à lege, vel à Senatusconsulto, vel à Principe *l. muto 6. §. tutoris datio supr. De tutel.* De cuius loci sententia & ratione quæ ad huius Principij interpretationem maximè pertinet, videnda sunt, quæ scripsimus ad Princip. 1. illat. 14. non hîc repetenda.

L. muto 6. §. tutoris datio D. de tutel.

ILLATIO I.

De magistratibus qui dant tutores in vrbe, & in prouinciis.

EX hoc Principio illud primùm fit, vt in vrbe prætor, in prouinciis verò Proconsul, Præses, Præfectus Ægypti, siue proconsulatum prouinciæ obtineat, vel temporis causa, præside defuncto, vel quia ipsi prouincia regenda commissa sit, tutorem dare possint, itémque legati Proconsulum *l. 1. 4. & 5. D. de tutor. & curat. dat. ab his qui ius dand. hab.* Nimirum quia his omnibus datum est ius dandi tutoris.

l. 1. 4. & 5. D. de tutor. & cur. dat.

ILLATIO II.

De iure dandi tutores quod habent magistratus municipales.

SEcundò ex eodem Principio fit vt magistratus municipales quamuis sint minores magistratus, idem ius tamen habeant dandi tutoris, quia datum iis quoque est, inquit Vlp. in *l. ius dandi 3. eod.* scilicet si non magnæ essent pu-

l. ius dandi 3. eod. tit.

§.sed hoc iure infr. De Atil. tutor.

pilli facultates, vt Iustin.interpretatur in *§.sed hoc iure de Atil.tutor.* Nempe propter vtilitatem pupillorum quorum maximè interest,vt quàmprimùm fieri potest habeant tutorem cuius consilio & iudicio regantur. Citiùs autem & expeditiùs fieri potest quod per huiusmodi magistratus municipales expeditur,Quam ob causam solet prætor ex iis etiā quę ad iurisdictionem suā pertinent,pleraque magistratibus municipalibus delegare,ea scilicet quæ celeritatem desiderare videntur,nec moram nisi quæ nimis periculosa futura esset,patiuntur, vt cernere est in causa damni infecti quantum pertinet ad curam iniungendę cautionis de damno infecto,mittendíque actoris in ædium quę ruinam minantur possessionem si non caueatur *l.1.l.4.§.duas* D.*de admin. infect.*

l.1. l.4. §. duas D. de dam.infect.

ILLATIO III.

De tutore,vel curatore dato mandante prætore,vel Præside.

l.nec mandante 8. D. de tutor & curat.dat.

TErtiò ex eodem Principio fit,vt nec mandante prætore, vel præside alius tutorem dare possit *l.nec mandante* 8.D.*de tutor.& curat.dat.* quia nimirum prætori ipsi & præsidi nominatim ius illud datum est, non etiam iis quibus ipsi aut eam potestatem specialiter, aut iurisdictionem suam generaliter mandare voluerint.Ea námque & mandâri possunt & mandata generaliter iurisdictione transeunt quæ sunt iurisdictionis *l.1.*D.*de offic.eius cui mandat. est iurisd.*tutoris autem datio neque imperij est,neque iurisdictionis *d.l.6.§.tutoris datio De tutel.*

l.1.De offic. eius cui mā dat. est iurisd.

d.l.6.§ tutoris datio D. de tutel.

ILLATIO IV.

De tutore dando pupillo habenti facultates Romæ & in prouinciis.

l.pupillo 27. D.de tutor. & cur. dat.

QVartò ex eodem Principio fit,vt pupillo qui tam Romæ, quàm in prouincia facultates habet rerum quæ sunt Romæ,prætori earum verò quæ sunt in prouinciis tutorem dare præses debeat *l.pupillo* 27.D.*eod. tit. De tutor. & curat.dat.*Scilicet quoniam ius dandi tutores & prętoribus & pręsidibus datum est pro sua cuiusque iurisdictione,Ne alioqui turbentur & confundantur iurisdictiones si quis extra territorium suum tutorem dare velit *l.1.& vlt.*D.*de iurisdict.l.neque* 5.*C.qui dar.tutor.vel curat.poss.l.vnic.C.vbi petant.tutor.d.§ sed hoc iure Inst.de Atil.tutor.*uSic enim is locus accipi debet in illis verbis *secundum suam iurisdictionem,*non autem ita quasi tutoris datio sit iurisdictionis, vt explicauimus *dict.illat.*14.*ad Princip.*1.*supr.*Fuerunt autem in eam rem latæ & necessariæ leges Atilia,Iulia & Titia,vt Iustin.refert in *princip.dicti tit.De Atil.tutor.* Hodie ius hoc à Iustiniano datum est defensoribus omnibus ciuitatum si facultates pupilli quingentos solidos non excedant,Vnà cum eiusdem, inquit,ciuitatis religiosissimo antistite,itémque magistratibus ciuitatis,& nominatim iuridico Alexandriæ *§.nos autem dict.tit.*De *Atil.tutor.* iunct. *l.sancimus* 30.*C.de episcop.audient.*

l. neque 5. C. qui dar. tutor. l. vnic. C. vbi pet.tutor.

§.sed hoc iure infr. De Atil. tutor.

§ nos autem eod.l. sancimus 30. C. de episc. audient.

ILLATIO V.

De tutore,vel curatore dato per magistratum dementem,aut furiosum.

d.l.nec mādante §.1.

QVintò ex eodem Principio fit,vt si prætor,vel præses prouincię in furore,aut dementia constitutus dederit tutorem nō valeat datio *d.l.nec mādante*

dante 8.§.1. Quamuis enim prætor, vel præses sit, nec furor ei potestatem & magistratum adimat, vt eadem lex ait, non tamen potest id talem tutoris dationem confirmare, præsertim cùm non tam iure magistratus ea competat vt diximus, quàm quod huiusmodi personarum, quæ maiores magistratus meruerunt consilio & iudicio visum sit confidendam esse rem tanti momẽti. Quodnam autem consilium & iudicium esse potest prætoris, vel præsidis, siue dementis, siue furiosi?

ILLATIO VI.

De pratore dante seipsum tutorem.

SExtò ex eodem Principio fit vt prætor seipsum tutorem dare non possit, non magis quàm seipsum facere iudicem, vel pedaneum, vel compromissarium *l. prator* 4. *D. eod. tit.* Nec enim fieri potest, vt eadem sit persona eius & qui dat tutorem, & qui fit tutor, sicut nec vt vnus idémque homo in plures distribuatur *l. si plures* 9. *D. de pact.* *l. prator 4. eod. tit.*

ILLATIO VII.

De potestate concessa magistratibus curatoris dandi furioso.

SEptimò ex eodem Principio nascitur ratio dubitandi ad *§. vlt. d. l. nec mandante*, vbi scriptum est furioso & furiosæ & muto & surdo tutorem, vel curatorem à prætore, vel præside dari posse. Id enim difficile videbatur, quia leges quæ prætori & præsidi ius dandi tutoris concesserunt de pupillo tantùm locutæ sunt non etiam de furioso, muto, & surdo. Ius autem dandi tutoris sicut non alius habet quàm cui nominatim datum est, ita nec nisi quatenus datum est. Verùm & æquitatis & publicæ vtilitatis ratio fecit, vt ius illud maioribus illis magistratibus concessum dandi pupillo tutoris largiùs accipi oportuerit, vt non tantùm supradictis personis tutorem, vel curatorem dare possint, sed etiam cæteris omnibus, qui suis rebus superesse non possunt *l. his qui* 12. *D. eod.* Cui enim datum fuit, quod plus erat, vtique detum debet videri & quod est minus *l. non debet* 21. *De regul. iur.* Multò autem plus est tutorem esse pupilli, quàm curatorem, vel muti, vel surdi, vel furiosi & aliarum huiusmodi personarum: siquidem post patriam & dominicam potestatem nulla maior potestas est quàm quæ datur tutori in caput & bona pupilli. *d. l. nec mandante §. vlt.* *l. his qui 12. D. eod.* *l. nõ debet 21. De reg. iur.*

ILLATIO VIII.

De curatore non tutore ventri dando.

OCtauò ex eodem Princpio fit, quod ait Modestinus in *l. ventri* 20. *eod. tit.* Ventri tutorem à magistratibus populi romani dari non posse, curatorẽ posse, quia, inquit, de curatore nõ de tutore cõstituẽdo verbis edicti cõprehensum est. Sẽsus est, nullã esse legẽ, nullũ senatuscõsultũ, nullũ Principis rescriptũ, nullum denique prætoris edictũ, quod eam magistratibus populi romani potestatẽ dederit, vt ventri tutorẽ dare possint: Sicut nec id fieri potuit quãdo tutor personæ detur, vt sæpius diximus, persona verò nulla sit eius qui adhuc in vtero *l. ventri 20. eod. tit.*

est, cùm neque homo sit quandiu editus non est, sed tantùm spes animantis *l.in falcidia* 9.§.1.D.*ad leg.falcid.* Ideóque rectissimè prætor agit de curatore ventri constituendo, non de tutore.

l.in falcidia 9.§.1. D. ad leg. falcid.

ILLATIO IX.

De tutore temporario interdum dando.

L.2.D.de tutor. & cur. dat.

NOnò ex eodem Principio fit, quod scriptum est in *l.2.eod.tit.* Cùm ex pluribus tutoribus à magistratu datis quidam appellassent, quidam verò nō adessent, atq; ita nemo esset qui tutelam gerere cogi posset, temporarium tutorem dari debuisse qui tutela fungeretur, sicque à Diuo Pio rescriptum esse, Nempe quia ius dandi tutores datum est magistratibus nō alia ratione, quàm vt pupillo consulant eíque dent aliquem cuius consilio & prudentia regatur. Non ergo sufficit datum esse ab iis tutorem aliquem, vt officio suo functi dici possint, vt dicere solemus de iudice qui iudicauit *l.iudex* 55.*De re iud.* Nisi datus tutor tutelam exerceat, ob idque alius tutor dandus est & quidem temporalis, ne alioqui priores tutores dati tanquam perpetui, hoc ipso reuocati viderentur.

ILLAT. X.

De tutore dando eiusdem prouinciæ.

l.1.§.vl.D. de tutor. & curat.dat. l.3.eod.

DEcimò ex eodem Principio fit vt præses prouinciæ non alium tutorem dare possit, quàm qui sit eiusdem prouinciæ, vel qui domicilium ibidem habeat *l.1.§.vlt.D.de tutor.& curat.dat.* Sicut nec magistratus municipalis aliũ tutorem dare potest, quàm qui sit ab eodem municipio, vel ab agro eiusdem municipij *l.3.eo.* quia non aliter eis permissum est tutorem dare, vt supradictis locis Vlpianus ait, ius autem dandi tutoris nullum habent nisi quia & quatenus eis permissum est. At è contrario quoniam in permittenda iis datione tutoris nihil dictum est, quod ad adhibendam illam distinctionem, an tutorem qui daretur præsentem esse oporteret necne, illud semper constitit præsidem prouinciæ tutorem indistinctè dare posse tam absentem quàm præsentem, itémque eadem ratione tam absenti quàm præsenti, necnon & ignoranti & inuito *l.illud* 5.*cum seq.D.eod.*

l.illud 5. & seq.eod.

ILLATIO XI.

De tutore dato habenti iam tutorem quasi non habenti.

l. tutor 10. eod.

VNdecimò ex eodem Principio fit vt si magistratus tutorẽ dederit ei qui iam habebat, sed absente tutore & quasi non habenti datio nulla sit, Sicut & si quoquomodo in petitione tutoris erratũ fuerit in facti causa maximè post constitutionem Diuorum fratrum non valet tutoris datio *l. tutor* 10. *D. eod.* Non enim ius dandi tutores magistratibus concessum est, nisi vt certo iudicio & consilio iis prouideatur, qui tutore indigent, vel curatore, certum autem iudicium & consilium eius esse non potest, qui errat, cùm nec vlla errantis voluntas esse intelligatur *l si per errorem* 15. *D. de iurisdict.* Quamuis dici soleat si quid prætor, aut alius magistratus decreuerit etiam per errorem ratum id haberi oportere propter rerum iudicatarũ autoritatẽ *l.seruo 65.§.cùm prætor*

l.seruo 65.§. cùm prætor D. ad SC. Treb.

prætor D.ad SC.Trebell. Nempe quia in iis quæ sunt iurisdictionis facit magistratus iuridicè, quoties decernit tametsi per errorem, ideóque valet ipso iure id quod decernit, non minùs quàm si per sordes, aut per gratiam decerneret. At cùm tutorem dat, non ius dicit, sed id tãtùm exequitur, quod ei, vt faciat mandatum est. Exequi ergo debet eo ipso modo quo mandatum est, ac proinde certo iudicio & consilio, alioqui nihil agit, quia nec id agit quod mandatum est, & id agit quod citra mandatum agere non posset.

ILLATIO XII.

De curatore speciali ad tempus dando.

DVodecimò ex eodem Principio fit, vt quoties iusta aliqua causa emergit propter quam, siue tutorem, siue curatorem specialem & consequenter temporarium dari oporteat, possit prætor dare, itémque præses, & alius quilibet dandi ius habens, quia non aliam ob causam, aut ad alium finem ius hoc iis datum est, quàm vt pupillis, minoribus, aliísque huiusmodi personis consulant quoties & quatenus necesse est: Ita fit vt non tantùm ad dotem dandam nupturæ curatorem dare possit, verùm etiam ei quoque quæ iam nupta est, Nec tantùm ad dotem dandam, sed etiam ad augendam eam, vel mutandam *l.non tantum 7.eod.tit.* quia his omnibus casibus puellæ interest habere curatorem ne quid faciat inconsultò & iuuenili leuitate, propter quod necesse postea sit eam in integrum restitutionem impetrare *l.vnic.C.si aduers.dot.* Quãquam & interueniente curatoris autoritate non eo minùs restitui poterit in integrum puella contra dotis promissionem si læsa probetur *tot.tit.* C.*si tutor vel curat.interuen.* Quinimò etiam ipso iure nulla erit autoritas curatoris nullúmque id quod ipse fecerit, si dolo malo in ea re fuerit versatus *l.siue generalis 61.in princip.D.de iur.dot.* etsi totam eam legem Triboniani esse non dubito potiùs quàm Terentij Clementis, vt alio iam loco memini à me obseruatum. Planè si quæratur quantæ pecuniæ dotem promittenti adultæ mulieri curator consensum accommodare debeat, Respondendum est cum Celso in *l.quæro 60.eod. tit.* Modum ex facultatibus & dignitate mulieris maritíque statuendum esse quousque ratio patiatur.

l.non tãtum 7.D.de tut. & curat. dat.
l.vnic. C. si aduers. dot.
l. siue generalis 61. in princi.D.de iur.dot.
l.quæro 60. eod.

ILLATIO XIII.

De tutore per magistratum dato impuberi ad hereditatem adeundam.

DEcimotertiò ex eodem Principio fit, vt ij magistratus quibus dandi tutoris ius datum est etiam ad adeundam hereditatem impuberi tutorem dare possint, quoniam id ex causa iis permissum est *l.impuberi* 9.D.*de tutor.& curat.dat.* Ex causa, inquam, quia obstat regula iuris quæ tutorem dari vult personæ non certæ rei, vel causæ *l.quia persona* 14.D.*de testam. tutel.* si quando verò pupillo prouidendum sit in rem & causam aliquam specialem, dari ei curatorem non tutorem *l.solet* 13.D.*de tutel.l.4.C.in quib.casib. tutor.vel curat.habent.* Sed tamen interdum euenit, vt necesse sit pupillo dari tutorem specialem in certam rem, vel causam, vt in specie *l.cùm in vna* 17. §.1. *D.de appellat.*

l. impuberi 9.D.de tut. & curat. dat.
L. solet 13. D. de tutel. l. 4. C. in quib. caus. tutor vel curat habent.
l.cùm in vna17.§.1.D. de appellat.

id est si pupillo datus tutor prouocauerit, & interim aliqua hereditas pupillo deferatur. Etsi enim pendente appellatione à tutoris creatione non alius tutor dari solet, sed curator, cùm tamen de adeũda hereditate agitur, tutor ei necessariò dandus est, quia curatoris autoritas ad hoc inutilis est, vt eo loco Modestinus scribit, Nempe quia hereditatis aditio non tantùm facti est, sed etiã animi *l. pro herede* 20. *l. gerit.* 88. D. *de acquir. hered.* animus autem adeundi in eo esse non potest, qui causam acquirendæ hereditatis non intelligat, quomodo verum est pupillum intelligere non posse, qui propter ætatem iudicio & consilio caret *l. pupillus* 9. *eod. tit.* ideóque supplendum est iudicium & consilium eius iudicio & consilio alterius, quod porrò non aliter fieri potest, quàm si alter ille ius habeat in caput & personam pupilli, vt ipsius personam repræsentare videri queat. Quomodo enim personæ iudicium & consilium quo nihil personalius est supplere posset, si personam ipsam nõ repræsentaret? At is qui pupilli personam repręsentat quíque ideò consilium & iudicium eius supplere potest, tutor non curator est. Tutor igitur pupillo necessarius est ad hereditatem adeundam, Ob ídque necesse fuit permitti magistratibus non tantùm vt pupillis tutorem generaliter, & indistinctè dare possent, sed etiam vt specialem ex hac causa adeundæ hereditatis: Alius etiam casus non valde absimilis proponi potest ex *l. si impuberi* 13. D. *de tutor. & curat. dat.* vbi Papinianus scribit, si impuberi libertas & hereditas per fideicommissum data sit & institutus adire nolit, Senatum cẽsuisse, eum si impuberis nomine desideretur adire cogendum, in eámque rem pupillo pupillæve tutorem dandum ab eo, cui ius dandi erit, qui tutelam retineat quoad restituatur hereditas, & ab herede caueatur rem pupillo saluam fore, Si is cui libertas & cum libertate hereditas debetur esset pubes, nequidem curatore indigeret quia per se aditum haberet ad prætorem propter spem & libertatis & hereditatis *l. mulier* 22. §. *non est dubitatum D. ad SC. Trebell.* Sed cùm impubes sit, neque expectandum est, vt adeat prætorem, quippe qui rebus suis bene prospicere nesciat, neque interim moram fieri oportet ipsius libertati, hereditatísque restitutioni: & idcirco tutorem ei dari oportet, & quidem non solùm temporalem, sed etiam specialem in causam hanc adeundæ & restituendæ hereditatis. Ei námque qui adhuc seruus est, quomodo posset dari tutor simpliciter & indistinctè? Specialiter igitur in certã causam sicut & ad tempus dari necesse est. At quid si directa libertas ei data sit? Papinianus refert esse rescriptum à Diuo Hadriano, vt idem in eo quoque seruari debeat. Quod ego sic interpretor, vt hoc etiam casu cogendus sit heres institutus adire & restituere, per tutorem qui similiter necessariò in hanc specialem causam pupillo dandus est, quia non plus iuris hac parte habet directa libertas quàm fideicommissaria, cùm neque directæ libertatis dies cedat nisi ab adita hereditate *l. nam cùm libertas* 8. *D. quand. dies legat. ced. l. vnic. §. libertatibus C. de caduc. tollen.* Immò minùs iuris habere videbatur directa libertas quàm fideicommissaria, ita vt etiam post senatusconsultum quod de fideicommissaria tantùm fuerat locutum, necessarium fuerit rescriptum Diui Hadriani, vt in directa idem seruaretur, non quòd libertas directa minùs fauorabilis posset videri quàm fideicommissaria, sed quia neque Senatus de alia libertate quàm de fideicommissaria locutus fuerat, neque ad prætoris fideicommissarij curam pertinebat conseruatio libertatum directarum, cùm non nisi fideicommissorum gratia creatus esset. Verùm

l. pupillus 9. D. de acq. hered.

l. si impuberi 13. D. de tutor. & cur. dat.

l. mulier 22. §. non est dubitatum D. ad SC. Trebell.

d. l. si impuberi.

rum quoniã fideicommissum hereditatis, quod omnimodo à prætore fideicommissario conseruandum est, non aliter cõseruari potest, at ne quidem deberi, quam si fideicommissarius libertatem consequatur, quæ statim adita hereditate competitura est si sit directa, nihil alienum à iurisdictione sua faciat prætor fideicommissarius, cùm heredem institutum cogit adire ad confirmandam libertatem quamuis directam, quam confirmari necesse sit in antecedens confirmandæ hereditatis fideicommissariæ. Sed tamen fuit in hanc rem necessarium rescriptum Diui Hadriani, quoniam alioqui prætor fideicommissarius non potuisset succurrere fideicommissario qui necdum liber esset, nec libertatem ex fideicommisso petere posset, verbis scilicet directis relictam non precariis. Tutorem verò his duobus casibus non nisi in specialem hanc causam cogendi per prætorem heredis & in certum tempus dari posse, præter id quod iam diximus, ex illo etiam apparet, quod seruus impubes vbi liber factus erit tutorem iure communi habere poterit, quem antea non potest habere nec videri habuisse, cùm tutela sit vis & potestas in caput liberum, non fuerit autem ille liber ante aditam hereditatem. Ea tamen inter hos casus differentia obseruanda est, quod directa libertate data sicuti impubes fit libertus orcinus, hoc est nullius, non autem heredis à quo non fuit manumissus, ita legitimum tutorem habere nullum potest, cùm neque agnatum habeat neque patronum. Legitima verò tutela nulla sit, nisi agnatorum, & patronorum: At cùm fideicommissaria libertas data est quamuis heres qui eam dare debuit non nisi coactus adierit, & quantum in se fuit libertate impuberem priuare voluerit, non eo minùs tamen cum posteà manumittendo fit patronus, & consequenter tutor legitimus, sed tamen cum hoc temperamento in contumaciæ suæ pœnam, vt pro extraneo tutore habeatur, id est pro non patrono, quod ad hoc, vt cogatur cauere Rẽ pupilli saluam fore, quę cautio alioqui ab eo non exigeretur, vt subiicit Papin. *in vers. quamuis.* Itaque si non caueat, sine dubio tutor non erit. Interim igitur manebit semper tutor is qui impuberi dum adhuc in seruitute esset datus fuit. Iam enim diximus manere illum tutorem donec cautum sit pupillo Rem saluam fore. Et tamen cùm nec ipse cauerit, quia neque cauendi causa vlla erat eo tempore quo dabatur, impuberi scilicet, neque libertatem, neque bona vlla adhuc habenti, dubitandũ non est quin vel ipse nunc cauere debeat, ex noua causa quę emersit, vel alius tutor quęrẽdus sit, qui pupillo caueat, vt sit ei cautum: si modò certum esse cœperit patronum cauere, vel nolle, vel non posse. Nam qui tutor datus fuit in id vsque tempus quo esset pupillo cautũ à patrono, non idcirco datus in perpetuum videri potest si patronus cauere nũquã velit, præsertim si nec ipse offerat cautionem. Planè quod Senatus censuit eum, qui huic impuberi tutor datus sit ad cogẽdum heredem institutum, vt adeat, tutelam retinere quoadusque restituatur hereditas, & rem saluam fore ab herede caueatur, non similiter dici potest data huic impuberi directa libertate, qui cùm eo casu heres non sit futurus tutor, quippe nec patronus, non est quod tractemus de prę standa ab eo cautione, quam non quasi heres debere possit, sed quasi tutor. Remanebit ergo tutor is qui datus fuit impuberi directam libertatem speranti quoadusque duntaxat & adita sit & restituta hereditas. Ex eo autem tempore alia datio erit facienda, siue huius ipsius, siue alterius, cum onere cautionis. Sanè si puella proponatur quæ duodecimum annum impleuerit, tutor

Cur prætor fideicommissarius se interponat pro conseruanda directa libertate.

d. l. si impuberi.

ipso iure esse desinit quisquis antea datus fuit, siue ipse hic sit qui datus fuerat ante aditam hereditatem, siue alius: & siue directa libertas data ei fuerit, siue fideicommissaria. Sed tamen si cùm fideicommissariam libertatem accepisset pubésque facta desiderasset curatorem sibi dari, & in id munus patronum suũ nominasset, patronus qui tutor esse non potuit sine cautione, curator tamen dandus erit etiamsi non caueat, quia nec aliter eum præses dabit, quàm si facta in eum inquisitione idoneus repertus sit, Quo casu non est æquum onerari cũ cautione, cùm fides inquisitionis pro vinculo cedat cautionis, vt subiicit Pap. in fine *d.l. si impuberi.* Cur verò non etiam tutor datur impuberi saltem cum inquisitione, cùm non vult cauere? Respōdeo, quia nec in eũ inquirendi causa vlla subest, cùm si legitimus tutor non sit nullam rationem habeat tutelæ assequendæ potiùs quàm alius extraneus quilibet, in legitimos autem tutores inquiri non soleat, quia eos non magistratus tutores facit, sed lex sine vllo hominis facto, nisi quod iis tutela sine vinculo cautionis non committitur si extranei sint, id est non patroni. At is de quo agimus, quem puella iam pubes facta curatorem nominauit potest curator fieri cum inquisitione, & consequenter sine cautione, quia in eum inquirendi causa subest, vel ob hoc ipsum, quòd eum puella nominauerit. Cùm enim soleant curatores dari petentibus, vt Papin. ait, dari autem non à lege, sed à magistratu, nec magistratus obsequi sine ratione debeat voluntati adolescentis fortasse iuuenili leuitate minùs idoneũ curatorem petentis, inquisitio hoc casu necessaria est, & quidem primùm in eum qui fuit nominatus, quia nominatio illa est, quæ præbuit causam inquisitioni.

d.l. si impuberi in fin.

ILLATIO XIV.

De non dando curatore ob id solùm quod pupilli tutor absit.

Decimoquartò ad hoc Principium referri etiam potest quod Celsus scribit in *l. curator* 11. *eod. tit. De tutor. & curat. dat.* Curatorem pupillo, vel pupillæ non dari si tutor eorum afuerit, id est abfuerit. Sic enim malo legere, vt in Florent. quàm post Haloādrum, vt vulgo *adfuerit.* Quænam enim dubitandi ratio esse potest, propter quam videatur dādus curator ei qui tutorem præsentem habet? Dices id interdum esse necessarium ob infirmam tutoris valetudinem, vel senium ætatis vt scriptum est in *l. solet* 13. *D. de tutel.* Sed respondebo quod eadem lex ait, magis hunc administratorem rerum, quàm curatorem intelligi, licèt curator etiam dicatur in *l. non solum* 10. §. *penult. D. de excusat. tutor.* At cùm tutor abest qui pupillo datus fuit, multò faciliùs possit quis credere dandum pupillo curatorem per quem pupilli negotia tutore absentē expediantur. Sed tamen non ita est. Nec enim quælibet tutoris absentia curatoris dandi necessitatem inducere potest, ne alioqui dicendum sit in singula momenta dandum & remouendum curatorem, cùm quotidie possint multa occurrere propter quæ cogatur abesse tutor, siue propter sua negotia quibus nimirum tutela quoque durante consulere nō prohibetur, siue etiam propter negotia pupilli quę fortè in aliam prouinciam eum proficisci cogāt. Satísque pupillo esse debet quod nullum ex eiusmodi absentia damnum timere possit, cùm ad prouidi tutoris officium pertineat, vt cùm abfuturus est ex aliqua etiā probabili causa prospiciat ne quid interim detrimēti pupillaris ratio patiatur, ac aliter si faciat obliget se iudicio tutelæ ad totum damnum illud quantumcumque

l. curator 11. eod. tit. De tutor. & curat. dat.

L. solet 13. D. de tutel. l. non solum 10. §. pen D. de excus. tutor.

cunque erit, farciendum. Planè si tutor non solùm abesse cogatur, sed etiam ita abesse vt nec in eius potestate sit futurum, redire quando volet, puta si reipublicæ causa, dandus vtique est curator in eius locum, & quidem in rem omnem, id est ad totam tutelam administrandam *l. in omnem rem* 15. *De tutor. & curat. dat.* quia huic imputari non potest aut cur absit, aut cur non procuratorem in ciuitate reliquerit per quem absens negotia pupilli tractaret, cùm nemo cogendus sit facere per procuratorem, quod non possit etiam per se facere si malit. Siquidem vix quisquam est adeò negligens qui propriæ suæ industriæ & diligentiæ non malit confidere, quàm alienæ, aut qui saltem non malit periclitari ex negligentia propria, quàm ex aliena. Ideo autem pertinet illatio hæc ad Principium nostrum, quia cùm magistratus nullo casu ius habeant dandi tutoris, vel curatoris nisi quatenus iis datum est, datum verò non sit nisi quatenus pupillorum vel adultorum vtilitas & necessitas id exigere visa est, consequens sit, vt nullo iure curator detur ei, qui iam tutorem habet, quamuis absentem, quia nec necesse est, nec pupillo vel vtile vel decorum. *l. in omnem rem 15. D. de tutor. & curat. dat.*

ILLATIO XV.

De tutore dato ei qui de suo statu litigat.

DEcimoquintò ex eodem Principio fit, vt ei quoque qui de statu suo litigat tutor dari possit *l. ei qui* 17. *De tutor. & curat. dat.* non vt tutoris datio teneat absolutè (quid enim si postea seruus pronunciaretur?) Sed vt ita demum si ex postfacto appareat liberum eum fuisse. Interim igitur tenet, quia interim hic pro libero habetur *l. 1. C. qui tutor. dar. poss.* vbi & ob hanc causam scriptum est curatorem ei dari posse. Idque sanè commodius est, minúsque alienum à regulis iuris, cùm is qui de suo statu litigat, non videatur egere tutore nisi in causam litis, ex qua vna, & personæ & bonorum ipsius condicio pendeat, melius verò sit curatorem quàm tutorem dari in rem & causam certam. Porrò siue tutorem, siue curatorem ei dare magistratus velit, ius dandi habet, quia non minùs huic impuberi qui status controuersiam patitur, subueniendum est, quàm cæteris, immò tantò magis quantò grauius est periclitari de statu, magísque interest reipublicæ defendi eos qui adserunt sibi libertatem tanquam cuius causa publica esse existimetur *l. si quis rogatus* 53. D. *de fideic. libert.* iunct. *l.* 4. D. *de oper. noui nunciat.* *l. ei qui 17. eod. tit. De tutor. & curat. dat. l. 1. C. qui tutor. dar. poss. l. si quis rogatus 53. D. de fideic. libert.*

ILLATIO XVI.

De facienda inquisitione etiam in Senatorem qui tutor detur.

DEcimosextò ex eodem Principio fit, vt in dando tutore ex inquisitione in eum quoque qui Senator sit inquirere magistratus debeat *l. in dando* 18. *De tutor. & curat. dat.* quia cùm non aliter ius dandi tutoris habeat quàm ex inquisitione, nullo iure tutorem daret Senatorem si daret sine inquisitione, nullúmque in eam rem priuilegium Senatoris esse potest, quod in pupilli aut ipsius etiam magistratus tutorem dantis perniciem verteretur, si fortè postea Senatorem iam tum minùs idoneum fuisse appareret. *l. in dando 18. D de tutor. & curat. dat.*

ILLATIO XVII.

De potestate tutores dandi concessa decurionibus in absentia magistratuum.

DEcimoseptimò ex eodem Principio fit, vt vbi absunt ij magistratus qui tutores dare possunt, iubeantur decuriones dare tutorem dummodo maior pars conueniat *l. vbi absunt* 19. *eod. tit.* vbi additur nec esse dubium, quin vnum ex seipsis dare possint. Nam & magistratum ipsum decreto decurionum curatorem dari posse constat *l.* 3. D. *qui pet. tutor.* Quantò igitur magis tutorem? Siquidem multò fauorabilior est datio tutoris quàm curatoris: quantò scilicet fauorabilior est pupillus quàm adultus. Iubendi autem fuerunt decuriones dare tutores & curatores absentibus magistratibus quoniam alioqui nullum dandi ius habuissent, tametsi ea ratione futurum erat vt miseri pupilli tutore carentes maximo incommodo afficerentur, quod ne eueniret bene prouisum est, vt iis quamuis magistratus non essent, ius hoc tribueretur. Quod verò additur posse decurionum ordinem ex ipsis decurionibus aliquem tutorem dare nullam habet dubitationem, cùm etiam magistratus municipalis suum collegam, quod multò difficilius est tutorem dare possit, vt Paulus sibi cit in eadem lege. Ideo autem potest quia tutoris datio nō est iurisdictionis, vt diximus ad *Princ.* 1. *illat.* 14. *in fin.* Nec enim iurisdictio vlla esse potest magistratus in eum qui par imperium habeat paréműe iurisdictionem *l. apud eum* 14. D. *de manumiss.*

L. vbi absunt 19. eod. tit.

l. 3. D. qui pet. tutor. d. l. vbi absunt.

L. apud eum 14. D. de manumiss.

ILLATIO XVIII.

De personis quas ad tutelam & curationem admittere magistratus non potest.

DEcimooctauò non ex eodem Principio fit, vt magistratibus quibus dandi tutoris ius indultum est, necesse fuerit præscribi quosnam tutores aut curatores creare vel possent vel deberent, ne alioqui nimia illa licentia abuterentur si passim & sine delectu quos vellent tutores dare possent. Nihil verò est quod tam ob oculos habere debeant quàm pupillorum vtilitatem vel adultorum, cùm nec ad alium finem nisi vt iis prospiciatur, tutores vel curatores dentur. Hinc est quod mulieres tutrices aut curatrices constituere non possunt *l. scire oportet* 21. *D. de tutor. & curat. dat.* cùm minùs iudicij & consilij sexus ille habeat, quàm vt tali muneri obeundo par esse possit, vt diximus ad *Princip.* 1. *illat.* 23. Nec similiter eos, qui in legatione sunt creare magistratus possunt, quia cùm per id tempus quo in legatione sunt periculum ad eos non pertineat, necesse esset vel in damno manere pupillum aut adultum, vel magistratus periculo esse administrationem. *d. l. scire §. eos qui.* Adeò vt si præfectorium hominem in legatione existentem romanus Princeps tutorem dederit (quo casu sacrilegium esset dubitare de datione quin valeret, sicut & ab alio quàm à Principe tutorem dari præfectum prætorio absurdum esset propter excellentiam præfectoriæ dignitatis) statim dimittendus ille sit à legatione propter euidentem legationis & tutelæ incompatibilitatem. *d. l. scire §. si præfectorium.* Debet etiam magistratus cauere quantum potest ne tutorem vel curatorem det contra testantis voluntatem, vtputa si mater sub hac condicione scripserit filios heredes si soluti fuissent patris potestate, ac postea emācipati sint à patre & pro-

l. scire oportet 21. D. de tut. & cur. dat.

d. l. scire §. eos qui.

§. si præfectorium dict. l. scire.

&propter hoc heredes,impleta scilicet institutionis cõdicione,nõ debet magistratus patrem etiam volentem creare tutorem vel curatorem,vt non alia via fiat,id quod testatrix fieri noluit,quam apertum est id egisse ne quid in bonis suis haberet iuris maritus siue quantum ad proprietatem,siue quantum ad administrationem:*d.l.scire* §.1. Nec enim patria potestate in plenum liberatus adhuc videtur is,qui tutorem habet,cùm,vt toties diximus,nihil aliud sit tutela,quàm portio quædam nedum imago patriæ potestatis.Sed & si quis ab aliquo ex parentibus expressim prohibitus sit tutor esse,hunc neque creari oportet,& si sit creatus per imperitiam fortasse aut sordes aut gratiam magistratus nec recusauerit, non eo minùs tutor esse prohibetur, ideóque remouendus est manente tamen epitimia, id est salua existimatione quia non propter dolum suum remouetur,sed propter testantis voluntatem. Etsi enim non cuilibet testatori tutorem pupillo dare permittitur, quidni tamen cuique liceat quantumuis extraneo prohibere ne hic vel ille sit tutor, & hanc si non personæ impuberis saltem bonis suis legem dare, vt ab eo quem suspectum habeat bona illa numquam administrari queant, ne quidem tutelæ prætextu? Facilius quippe est vt valeat prohibitio, quàm datio tutoris, quoniam datio vnius in tutorem excludit omnes cæteros ne quis alius quantumlibet idoneus tutor esse possit, At prohibitio de vno facta tanto magis cæteros admittit & inuitat: quæ res nullum aut perexiguum incommodum pupillo adfert cùm vix sit vt ex omnibus aliis qui prohibiti non sunt aliquis non reperiatur, qui commodè tutor creari possit, vt dici solet de legato puellæ relicto sub ea condicione *si Titio non nupserit.* Nec enim talis condicio iniungit viduitatem cùm alii cuilibet satis commodè possit nubere, inquit Caius in *l. cum ita* 63. *De condiction. & demonstr.* Denique vt alia pleraque magistratus inuestigare debet cùm dat tutorem, ita & præcipuè mores creandorum, nec enim solæ facultates nec ipsa dignitas ita sufficiens est ad fidem vt bona electio,vel voluntas,vel benigni mores vt ait Modestinus in *dict. l. scire §. penultim.* Subiiciens in *§. vltim.* illud ante omnia obseruare debere magistratus ne creent eos qui seipsos volunt ingerere vt creentur,quíque adeò in eam rem dant pecunias.Hi enim non modò ad tutelam admittendi non sunt,sed etiam puniendi qui tam malo consilio támque malo more tutelam affectauerint vt scripsimus ad *Princip.*1.*illat.* 18. Nam & aliàs dici solet suspectum eum esse qui se ingerit,vt loquuntur,vel si meliùs loqui volumus,qui operam suam ingerit inuito.Sic enim loquitur Vlpian. in *l. qua omnia* 25. *D. de procurator:* Quamquam alia etiam pœna est eius qui tutelam affectauit, vt nimirum tutelæ sic affectatæ ipsum non excusent quominùs aliam tutelam suscipere cogatur, etiam à qua posset alioquin se excusare *§. item tria onera infr. De excusat.tutor.* Ad hanc illationem illud quoque pertinet quod Imperatores constituunt in *l.vlt.C.qui tutor.dare daríve poss.* vt neque patrimonialis colonus id est qui sit ex patrimonio Principis,neque alius quisquam qui priuilegium aliquod excusationis habeat,tutelæ muneris officio adstringi possit,*ne,*inquiunt, *magistratuũ vlterius procedat licentia,* vt intelligamus,quemadmodum non est liberum magistratibus omnibus vt dent tutores,sed iis tantùm quibus dare permissum est,ita neque iis licere, vt dent quos velint, Propter quam causam ita conceptus est *tit.C.qui dare tutor.vel curat.poss.& qui dari non poss.*quoniam tutorẽ dare possunt ij tantũ quib. specialiter cõcessũ est vt dẽt.Dari verò possũt

d.l.scire§.1.

l.cùm ita 63 Decond. & demonst.

d. l. scire §. pen.De tut. & cur. dat. & §.vlt.

l.quaomnia 25.D de procurat.

§. item tria onera infr. de exc. tut.

l.vlt.C.qui tutor. dare dar.poss.

Tit. C. qui dar.tut.vel curat. poss. & qui dari nonposs Cur itacõceptus.

omnes nisi qui ne dentur prohibiti sunt. Itaque tutorem dare est de genere permissorum, ne dicam prohibitorum. Tutorem verò fieri est de genere permissorum. Proinde si quis quærat Cur hic vel ille magistratus tutorem dare possit, non bene respondebitur si dicatur, quia dare prohibitus non est, sed responderi oportet quia ius dandi datum ei est. Si verò quæratur quo iure hic vel ille tutor dari possit, bene respondebit qui dicet, quia non est prohibitus dari. *l. penult. D. de tutor. & curat. dat.* in cuius specie cùm dat tutor ideò appellasset quòd diceret se non debuisse collegam ei dari quem ipse cùm magistratus esset nominauerat suo periculo, ne in vna tutela duplex periculum sustineret, condemnatus est ab Imperatore, non alia ratione quàm quòd nusquam prohibitum sit eum tutorem dari qui iam fideiussor sit pro tutore. Inter eos verò qui dari non possunt ponitur maritus, qui licèt affectionem rebus vxoris suæ debeat, curator tamen ei dari non potest *l. 2. C. ill. tut.* quod quam rationem habeat scripsimus ad *Princip. præcedens illat. 5.* Item is qui luminibus captus est *l. 3. eod.* Quomodo enim negotia bene tractare potest qui ea non videt? Loquimur siquidem de illo, qui vtroque oculo orbatus est, de quo & *l. vnic. C. qui morbo:* nam qui vnum oculum habet tutor vel curator fieri non prohibetur *l. frater 9. C. de excusat. tutor.* Si tamen postea cæcus fiat deponere tutelam potest *l. post susceptam 40. D. eod.* Immò vt deponat, etiamsi nolit, cogendus est cùm ex eo tempore desierit esse idoneus ad eam administrandam. Item qui militiæ armatæ muneribus occupatus est, neque si legitimus sit, neque si ex testamento datus fuerit, nec alio modo etsi voluerit tutor vel curator fieri potest, adeò vt si errore ductus putánsque se tutorem res administrauerit, negotiorum gestorum non tutelæ actione sit conueniendus *l. militia 4. C. qui dar. tutor. poss. §. idem & in milite infr. De excusat. tutor.* Militiæ enim aut suis negotiis vacare milites debent non alienis, ideóque alienarum rerum conductores seu procuratores aut fideiussores, vel mandatores conductorum fieri prohibentur à Leone in *l. milites 31 C. de locat.* ne, inquit, omisso armorum vsu ad opus rurestre se conferant, & vicinis suis graues cinguli militaris præsumptione existant. Armis autem non priuatis negotiis occupari debent, vt numeris & signis suis iugiter inhærentes rempublicam à qua aluntur ab omni armorum necessitate defendant, Ex quo apparet non tantùm priuilegij iure hoc habere milites vt tutelæ onus suscipere non cogantur, sed etiam constituto iure fieri vt tutores esse non possint. Nam si priuilegium hoc esset possent milites fauori suo renunciare *l. penult. C. de pact.* iunct. *l. pactum 46. D. eod.* At nec volentes possunt esse tutores *d. l. militia. l. ab administratione 8. C. de legat.* vbi hanc ob causam scriptum est militem, qui legatum meruit eo ipso testamento quo tutor etiam factus est quamuis tutor esse nequeat, non eo minùs tamen legatum consequi debere, quandoquidem non tam propria voluntate quàm legibus impeditur ne tutor esse possit. Sanè qui miles non est licèt antea fuerit, tutor quidem esse potest si velit, sed si nolit, habet iure publico excusationem & remissionem tutelarum aduersus quemlibet priuatum, dummodò militiæ tempus honestè compleuerint *l. sed & milites 8. D. de excus. tutor.* vbi tamen subiicit Modestinus non idem priuilegium ei dandum esse aduersus eorum filios qui eidem ordini communicauerunt, nisi intra annum dimissionis, quo tempore ferè est vt adhuc miles esse videatur, cùm & iure militari tantisper testari possit. At post annum ideò priuilegium non retinet quia coæqualitas honoris mili-

l. pen. D. de tutor. & curat. dat.

L. 2 & 3. ill. tut. l. vnic. C. qui mor.

l. frater 9. C. de excus. tut.

l. post susceptam 40. D. eod.

l. militia 4. C. qui dar. tut. poss. §. idem & in milite infr. de excus. tutor.

l. ab administratione 8. C. de leg.

l. sed & milites 8. D. de excus. tut.

militiæ, fortior videtur priuilegio quod quis habet tanquam qui miles non hodie sit, sed olim fuerit. Excipe cum Modestino nisi fortassis aliàs habuerit iustas tutelæ excusationes, vt puta numerum annorum vel liberorum, vel aliquid tale, quale & priuatos aduersus omnes excusare consueuit. Nec enim priuilegij ratio potest tollere beneficium iuris communis, quod & potentius esse solet & debet. Siquidem odiosa sunt priuilegia omnia hoc ipso quod abhorrent à iure communi, indéque facilè fit quod vulgò iactitant nec malè probatur ex hoc Modestini loco, vt priuilegiatus non vtatur priuilegio contra priuilegiatũ. *l. si apud minorem* 12. D. *de minor.* quãquam brocardicũ illud periculosum est vt cætera ferè omnia & plerumque falsum vt colligi potest ex *l. verum* 11. *§. vlt. eo. tit. & l. vlt.* D. *ex quib. caus. maior. in integ. rest.* Addit tamen Modestinus priuilegiũ hoc veteranis datum vt post annum missionis tutores esse non cogantur, licèt iis prodesse nequeat contra militũ filios, profuturum tamen contra militum nepotes. Eorum enim qui militarunt nepotes, inquit, in eodem loco cum reliquis priuatis esse creduntur. Qui locus valde notandus est contra eos qui generaliter volunt in fauorabilibus filij appellatione semper nepotem contineri, De quo alibi latiùs & commodiùs dicendum nobis erit. Cætera quæ Modestinus ibidem persequitur apertiora sunt, quàm vt nostra egeant interpretatione, Obseruandum verò est Senatores hac in re minùs iuris habere quã milites. Nam creari tutores possunt sicut & alii cõsiliarii quilibet etiam ijs pupillis qui non sunt ex consiliariis vel Senatoribus *l. & qui non sunt* 22. D*e tut. & cur. dat.* Iis qui tutores vel curatores dari non possunt, iungẽdi sunt illi qui alterius prouinciæ sunt, quàm cuius præses est ille qui dat tutorem vel curatorem, & generaliter omnes ij qui dantis iurisdictioni subiecti non sunt, ita vt neque cessatio iniuncti perperam officij ad periculum eorum pertineat *l neque à præside* 5. *C. ill. tit. qui dar. tutor. poss.* Etsi enim suprà diximus ipsam tutoris dationẽ non magis esse iurisdictionis, quàm imperij, quæ tamen dationẽ ipsam & præcedunt & sequuntur, iurisdictionis sunt, vt puta inquisitio, & coactio quam fieri necesse est siue pignoribus captis siue comminatione pœnarum si tutelæ onus subire detrectet is quem magistratus dedit. De illo qui pupilli creditor sit dubitari probabiliùs potuit, an tutor dari posset, constat autem olim quidem potuisse *l. creditorem* 8. *C. eod. l. quoties* 9. *§. sicut autem* D. *de adm. tutor. l. fistulas* 78. *§.* 1. D. *de contr. empt. l. neque* 7. *C. de excus. tutor.* vbi additur similiter & debitorem posse tutorem esse sui creditoris *l.* 5. *§. debitor D. de admin. tutor.* Hodie verò non posse post Iustin. *Nouell.* 72. vnde sumpta est *auth. minoris debitor eo. tit. C. qui dar. tutor. poss.* Visum enim est Iustiniano fauorem pupillorum itémq; adultorum exigere vt nihil omnino intercederet quod vel tantillum suspectã tutoris aut curatoris administrationem facere posset. Quamquam olim ne quidem lis quæ inter tutorem & pupillum esset faciebat suspectum tutorem nisi vel de statu esset *l. si duas* 6. *aliàs l. athletæ §. amplius D. de exc. tutor.* vel de omnibus pupilli bonis, aut saltem de maiore bonorum parte *l. si pupillum* 20. *& l. seq. eod. tit.*

l. si apud minorem 12. D. *de minor.* *Priuilegiatus contra priuilegiatum.*

d. l. sed & milites.

l. neque à Præsides. *C. qui dar. tut. poss.*

Creditor vel debitor pupillaris an tutor vel curator dari possit.

Nouell. 72.

l. si duas 6. *aliàs l. athletæ §. amplius D. de exc. tutor.*

ILLATIO XIX.

De magistratu municipali dante tutorem qui sit ex alia ciuitate.

DEcimononò ex eodem Principio fit, vt si quãdo desint in ciuitate ex qua pupilli oriundi sunt, qui ad tutelam idonei videantur, non idcirco liceat

magistratibus municipalibus vindicare sibi arbitrium dandi tutorem aliquem ex vicina ciuitate, quia nimirum ius dandi tutores licèt datum sit magistratibus municipalibus, non tamen absolutè ac simpliciter datum est, sed limitatè, illum qui sit ex eodem municipio vel ex agro eiusdem municipii *l.3. D.de tut. & curat.dat.* Quia nec in alios quàm qui tales sint vllam habere possunt iurisdictionem, Tutoris autem datio licèt non sit iurisdictionis, exigit tamen iurisdictionem propter cætera, quæ sunt præcedentia & consequentia dationi, quæ sine iurisdictione expediri non possunt vt proximè diximus. Quid ergo faciẽt magistratus isti si nullum ex municipij sui agro tutorem dare possint? Officiũ eorũ est inquirere ex vicinis ciuitatibus honestissimum quemque & eorũ quos idoneos inuenerint, nomina præsidi prouinciæ mittere, qui postea ex iis tutorem sit electurus *l.Diui 24. D.eod.tit.l.1.§.si quando D.de magistr.conuen.*

l.3.D.de tutor. & cur. dat.

l. Diui 24. eod.l.1.§.si quando D. de magistr. conuen.

ILLATIO XX.

De tutore dato minori quasi minori.

VIcesimò ex eodem Principio fit, vt si minori tutor datus sit quasi minori vsque adeò inutilis datio sit, vt neque vlla excusatione tutor egeat, neque ob id magis obligetur quòd tutelam non gesserit. *l.Seia 26.D.de tutor. & curat. dat.* Nempe quia nullo iure datus fuit, cũ nulli vnquã magistratui datum sit ius dandi tutorem minori quasi minori. Curator enim minori tanquam minori dandus est, non tutor. At è contrario tamen si curator impuberi datus sit, quacũque ex causa ex qua placet etiam impuberi curatorẽ dari, puta iam habenti tutorem, licèt tanquam impuberi datus sit, rectè curator datus intelligitur, sed ita vt non nisi in diem pubertatis tutor perseueret in eadem cura *l. curatorem 25.eod.tit.* quia tanquam tutor potiùs quàm quasi curator datus fuit qui datus est pupillo tanquam pupillo non tanquam adulto. Ergo cùm pupillus desinit pupillus esse, hunc quoque necesse est desinere esse curatorem: quamuis ætas su perueniens nihilominùs immò tantò magis capax sit curæ. Itaque pupillus ex impubere factus pubes alium sibi curatorem petere debebit, vt ait Paulus in *d. l.curatorem*, ne alioqui sine curatore sit, si alium non habeat, quàm quem in pupillari ætate tanquam pupillus acceperat.

l.Seia 26.D. de tutor. & curat. dat.

l.curatorem 25.eod.tit.

ILLATIO XXI.

De ingenuis non dandis tutoribus vel curatoribus pupillo libertino.

VIcesimoprimò ex eodem Principio fit, vt libertinis pupillis ingenuos tutores vel curatores dare præses non possit nisi omnimodo in illo loco penuria sit libertinorum *l.pupillo 27.§.1.eod.l.1.§.libertinis D.de excus. tutor.* quia licèt permissum sit magistratibus dare tutorẽ vel curatorem libertinis pupillis perinde ac cæteris cùm sint æquè liberi & ciues, quorum omnium salus ad reipublicæ vtilitatem pertinet, attamen ex eiusdem reipublicæ dignitate fuit vt non permitteretur magistratibus alios libertinis tutores dare quàm qui essent libertini, ne aliter posito iure confusa eorum condicio videretur cũ ingenuis, quos tamen & melioris, & dignioris condicionis vt sunt ita & censeri debere certum est *d.§.libertinis.* Ergo si quæratur Cur ingenuus tutor libertino datus tutor non sit, ratio alia quærenda non est, quàm quia magistratus non habuit ius

l.pupillo 27. §.1.eod. l.1. §. libertinis D.de excus. tutor.

ius eum dandi,si non pecunia libertinorum omnimodo fuit: Ideò autem non habuit,quoniam tale ius ei datum non est, quinimò è contrario prohibitum per orationem Diui Marci,ne libertinis ingenui tutores darentur,aut curatores.Idque adeò verum est, vt ingenuo contra orationem illam dato si is non se excusauerit dubitatum sit an tutelæ iudicio conueniri possit.Fuitque in eam rem necessarium rescriptum Seueri quo continetur vt si hic administrationis suæ rationes non bene reddiderit,obligatus sit tutelæ *d.§.libertinis*,vbi ait Modestinus ita rescripsisse Seuerum,quòd impuberum curam haberet.In quo notandum est,non id rescripto factum esse,vt ingenuus libertino tutor datus iudicio tutelæ conueniri possit ad rationes reddendas,cùm nec fuerit vnquam tutor,sed vt nisi rationes iuste reddiderit, incipiat esse obligatus iudicio tutelæ in omne id quod interest pupilli bene iusteque redditas fuisse rationes. Itaque redditio rationum in præstatione erit magis quàm in obligatione & actione tutelæ,Non redditis verò rationibus,vel minùs iustè redditis, idipsum veniet in iudicium tutelæ quod interesit pupilli. Eóque sensu accipiendum videtur, quod scriptum est in *d.§.libertinis*,hunc tutorem perseuerare:nimirum vt iudicio tutelæ perinde teneatur indemnitatem pupillo præstare acsi reuera tutor esset:ne melioris condicionis sit qui contra, quàm qui secundum leges tutor datus fuit.Alioquin,quid obsecro erat necesse rescribi à Seuero fauore pupillorum,vt esset hic obligatus iudicio tutelæ nisi iustè rationes redderet,si reuera tutor fuisse dici posset? *d.§.libertinis.*

ILLATIO XXII.

De tutore vel curatore dato eo,qui peregrè agat.

VIcesimosecundò ex eodem Principio fit, vt si peregrè agant qui tutores vel curatores dati sunt,ad magistratuum,qui eos dederunt, curam pertineat vt intra trigesimum diem notum id faciant eis quos dederunt. Sic enim Diuus Marcus rescripsit *l.vlt.D.eod.tit.De tutor.& curat.dat.* Nimirum quoniã quisquis tutorem vel curatorem dandi ius habet,is dare iubetur *l. 2. §.si mater D.ad SC.Tertyll.* vt cautum sit & consultum pupillo.Quid autem interest an tutor nullus datus sit an ita datus,vt se datum nesciat is qui datus fuit?Itaque cõueniens fuit ad magistratuum curam pertinere vt tutor non tantùm daretur, sed etiam datum se sciret,ne alioqui periculum tutelæ quod ignorantem tutorem numquam obstringit in magistratum ipsum recidere, aut quod esset iniquius,in pupillum ipsum redundare oporteret. *l.vlt.D.de tutor.& curat.dat. l.2.§.si mater D.ad SC.Tertyll.*

PRINCIPIVM V.

Qui tutores petere debeant.

IMpuberi,quia tutorem sibi ipse petere non potest, ab aliis tutor petendus est , sed aliter atque aliter.Sunt enim qui tutorem petere non solùm possunt,sed etiam debent,nec tamen coguntur , vt sunt necessarij & cognati & qui secundum adfinitatem sunt , id est post adfines, familiares parentum masculorum & fœminarum , itémque amici parentum & educatores ipsorum pupillorum *l. 2. in princip. D. qui pet. tutor. l. si filijs 4. Codice eod.* Alij *l.2.in princ. D. qui pet. tutor.l si filiis 4.C.eo.*

tutorem petere non solùm possunt & debent,sed etiam coguntur vt puta matres & liberti. Mater enim expellitur à legitima filij hereditate quasi quæ indigna sit ei succedere cui tutorem petere neglexit. Liberti verò etiam puniútur si non eos tutores petierint,qui legitimi sint defensores. *d.l.2.§.1.& seq. D.eod. l.2.C.eod.* Alij denique nec debent nec possunt etiamsi velint, puta quorum nihil interest:sed etsi eorum interfit non priùs tamen audientur tutorem impuberi petentes aut puberi curatorem,à magistratu,quàm admonuerint eos qui ius habeant petendi? *d.l.2.aliàs l.* Dinus *§.si quidem &* §.*vlt.*D.*eod.l.1.C.eo.* Nec enim facilè permittendum fuit cuilibet se ingerere negotio non tantùm ad personam alienam,sed etiam ad magistratuum ipsorum curam pertinenti, *l. culpa est* 36.*De regul.iur.l.qua omnia* 25.*D.de procur.* ne alioqui magistratuum negligentiam hoc ipso tacite incusare videretur. Quod autem de libertis diximus generaliter accipiendum videtur de omnibus, id est etiam quantum ad eos qui patroni patronæve liberis tutores tamen esse non cogerentur. Nec enim libertus aliis patroni patronæve liberis tutor esse cogitur, quā qui patronatus iura sperare possunt *l.libertus* 14.D.*de tutor.& curat.dat.* In quorum numero non sunt liberi eius qui fideicommissariam libertatem soluit *l.nequaquā* 24.*D.de excus.tutor.* aut ij etiam qui libertum capitis reum postularunt *l.si quis à liberis* 5.*§.sed & patroni* D.*de agnosc.liber.* Item qui à patrono sunt nominatim exheredati. Addo enim *nominatim* vt excludam exheredationem tacitam quam facere miles creditur tùm etiam cùm præterit filium. Etsi namque militis præteritio pro exheredatione est,non tamen vsque adeo silentium patris filio nocere debet,vt eum excludat à bonis libertorum saltem auitorum *l.Paulus* 47.*§.vlt.D.de bon. libert.* vbi quod additur, Idem responsum esse etiam de bonis libertorum paternorum,meritò suspectum visum est Cuiacio,& ab eo emendatum *lib.*14.*obser.cap.*5.addita scilicet negatione. Constat enim quod ad libertos paternos attinet,contrà responsum esse ab Vlpiano in *l.si patronus* 2. *eod tit.* nocere liberis patroni militis tacitam quoque exheredationem, Nimirū si miles sciat eum se filium habere *l.sicut* 9.*C.de testam.milit.* neque hac parte interest quicquam inter tacitā & expressam exheredationē, nisi quod expressa à patre facta liberos summoueret à bonis libertorum non modò paternorū,sed etiā auitorū,quāuis è cōtrario quæ ab auo facta esset,nō æquè iis noceret quod ad bona paternorū. *l.si ex patronis* 10.*§.Julianus. l. viuo filio* 27.D.*de bon.libert.* In eodem liberorū patroni numero qui patronatus iura sperare nō possunt ponendi sunt etiā liberi eius qui cōtra legē Aeliā Sentiam à liberto iusiurandum exegit ne vxorē duceret. *l.qui contra* 15.*D.de iur.patr.* itémque eius qui nō aluit libertum *l.si patronus* 33.*D.de bon.libert.* Denique liberi eius,qui libertatis causa imposita libertæ reuendidit. *l.Iulianus* 37.*eod.tit.* Ceterū quāuis omnibus his casibus libertus non cogatur esse tutor liberorū patroni, non eo minùs tamē cogetur vt puto petere iis tutorē,nisi obsequij deserti periculū subire velit vt loquitur *d.l.2.C.qui pet.tutor.* quæ sicut generaliter & indistinctè concepta est,ita generaliter & indistinctè videtur intelligēda vt liberti ex hac causa apud prætorem vel prætorem accusati puniantur vt emendentur si apparuerit vel propter negligentiam,vel propter malitiam non petiisse *l.1.§. liberti D.eod.* Sicut enim multò minus & leuius onus est vt cogatur libertus tutorem petere filio patroni , quàm vt cogatur ipsius tutelam suscipere , ita difficilius est vt ab illo,quā vt ab hoc onere debeat excusari. Et hæc quidē de libertis dixisse sufficiat.

d.l.2.§.1.& seq l.2. C. eod.

d.l.2 aliàs l.Dinus § si quidem & § vlt.l.1.C. eod.

l.libertus 14.D. de tutor. & cur. dat.

l.nequaquā 24.D de excus. tutor.l. si quis à liberis 5.§. sed & patroni D. de agnosc. liber.

l. Paulus 47.§ vl. De bon.libert.

L. si patronus 12. eod. tit.

l. sicut 9. C. de testam. milit.

l si ex patronis 10.§ Iulianus l.viuo filio 27. D.de bon. libert.

l.qui contra 15.D.de iur. patron. l. si patronus 33. de bon. lib.

l. Iulianus 37.eod.

d.l.2.C. qui pet.tutor.

l.1.§.liberti D.eod.

ciat. De matre verò extat epistola Diui Seueri ad Cuspium Rufinum, cuius verba hęc Modestinus refert in *d.l.1.§.qua autem, Omnē me rationē adhibere subueniendi pupillis cùm ad curam publicam pertineat liquere omnibus volo: Et ideò qua mater, vel non petierit tutores idoneos, vel prioribus excusatis reiectisve non confestim alierum nomine dederit, ius non habeat vindicandorum sibi bonorum intestatorum filiorum.* De cuius constitutionis sententia & interpretatione videnda sunt, quæ pluribus, & sigillatim persequitur Vlp. in *l.2.§.si mater* D. *ad* SC. *Tertyll.* ad finē vsque illius legis, in qua sunt omnia ita plana, vt nec nostra, nec alterius egeant explicatione. Illud potissimū obseruatione dignū est, quod scribit ille in §.*vlt.* eiusdem legis, matre prohibita ius suū vindicare quod habet ex senatusconsulto Tertylliano, vt filio intestato succedere possit, eos admittēdos esse ad hereditatē, qui venirēt si mater in medio non fuisset. Nō enim sic accipienda est constitutio, quasi matrem ipsam dicamus heredē fieri, vel aliud nomen successionis induere, sed tamen denegandas ei actiones. Quo admisso fatendum esset fisco delatū iri hereditatem, quæ scilicet matri iā non solùm delata, sed etiā acquisita rursus alteri amplius per legē deferri non posset, multò minùs verò citra delationem acquiri, vt in *l.1.in prin. & l.2.D.si quis aliq.testar. prohib.l.cùm fisco 9.& tot.tit.D.de SC.Silan.* Idque posset etiam quis existimare ob id, quod Modestin. in *d.l.2.§.1.D.qui pet.tutor.* scribit matrem indignam esse quæ accipiat legitimam filij hereditatem cui tutorem petere neglexit. Quæ enim quasi indignis aufferuntur solent fisco deferri *l.2.& tot.tit.De his qua vt indign.auffer.D.& C.* Sed in proposito casu non ita est, quia constitutionis verba sic ferunt, vt non habeat mater ius vindicandorum sibi bonorum filij intestati, hoc est vt non possit ei prodesse senatusconsultum Tertyllianum, Quo tamen sublato superest ius vetus legis 12.tab. ex quo agnati proximi ad successionem inuitantur. Quod si nullus sit agnatus tunc bona vacabunt, & ad fiscum non tanquam caduca, sed tanquam vacantia deuoluentur *d.l.2.in fin.l.vlt. D.de success.edict.*

d.l.1.§. qua autem. — *l.2.§.si mater D. ad SC. Tertyll.* — *§.vlt.d.l.2.* — *l.1.& 2. D. si quis aliq. testar. prohib. vel coeg. l. cùm fisco 9. ad SC.Silan.* — *L.2 §.1.D. qui pet. tut.* — *l.2. De his qua vt indig.auffer.* — *d.l.2. in fin. l.vlt. D. de success.edic.*

ILLATIO I.

De tutore petito per eum qui acturus est cum pupillo.

EX hoc Principio illud primum fit quod scriptum est in *d.l.2.alias l. Diuus §.siquidem* D.*qui pet.tutor.* Si aliquis fœnerator, vel legatarius, vel alius necessariam habeat aduersus pupillum persecutionem, Non posse quidem ipsum tutorem petere pupillo, sed debere rogare eos qui petere possunt, vt petant, Vel si hi neglexerint, tunc accedere ad præsidem eique hoc ipsum dicere, vt cōstituto legitimo tutore ea aduersus pupillum persecutio moueatur. Quò etiam pertinet, quod ait *l.1.C.eod.* Si aduersus adolescentem agere quis velit, debere illum ante omnia admonere adolescentem, vt curatores sibi dari postulet, cum quibus secundum iuris formam consistat: Qui si in petendis iis cessabit, tum demùm adeundū esse iudicē cōpetentē, vt in dādis curatoribus officio suo fungatur. Est enim hic vnus ex iis casibus in quibus inuito adolescēti curator datur, scilicet in litē, cùm non habeat legitimā personam stādi in iudicio *l.1.& tot.tit.C.de in lit.dand.tutor.vel curat.l.2.& tot.tit.C.qui legit. person.stand.in iudic.hab.* De quo iā diximus ad *Prin.primū illat.5 supr.eo.* Etsi alius hac parte tractatus est de pupillo, alius de adulto. Pupillus enim tutorem sibi nunquam petit, Adultus sibi petit, aut per se ipsum si adsit, aut si absit per

d. l. 2. alias l. Diuus §. siquidem D. qui pet. tut. — *l.1.C.eod.* — *l.1. C.de in lit.dand.tutor.* — *l.2.C.qui legit.pers.stā. in iudic. hab.*

procuratorem. Alij verò non licet curatorem petere minori *d.l. 2.§. hæc quidem & seq.* quasi hęc res æstimationem ipsius suggillare videatur. Idque adeò verum est, vt si tutor ei quæ pupilla fuit ignoranti, nec mandanti curatorem petierit, cúmque curatorem magistratus dederit, non iure datus curator dici possit, periculúmque eorum quæ ipse gesserit agnoscere cogatur ille qui petiit *d.l.2.§.curatorem.* Adultam tamen quæ nec petiit, nec mandauit sufficiet consensisse *l.mutus 43.§.is qui curatorem* D.*de procurat.* Sed etsi matris iudiciũ Princeps secutus curatores filiæ ipsius dederit, licèt dubitari non possit, quin valeat datio, quæ à Principe ipso facta est, periculum tamen administrationis curatorum ad matrem pertinebit, vt ex Paulo subiicit Modestinus in *d.§.curatorem.*

d.l.2.§.curatorem l.mutus 43. §.is qui curatorem.

ILLATIO II.

De petendo etiam curatore per matrem.

SEcundò ex eodem Principio fit, vt quamuis constitutio quæ matrem sollicitã esse iubet de tutore liberis suis impuberibus petendo nõ nisi de tutore locuta sit, porrigi tamẽ debeat etiã ad curatorẽ si quo casu impuberi curatorẽ peti oporteat *l.1.D.qui pet.tut.* Eadẽ enim ratio est huiusmodi curatoris petendi, quę & tutoris, cùm nõ nisi impuberi & tãquam impuberi detur *l.2.§.quid si curatores D.ad SC.Tertyl.* vbi dicitur nõ fieri hoc ex rescripti verbis, quę proculdubio deficiunt, sed ex sententia cõstitutionis, cuius vtique nõ alia mẽs fuit quàm vt pupillis prospiceretur. Hunc verò curatorem tutoris iure ac loco censeri ex eo quoque intelligimus, quod scriptum est in *l.curatorem* 25.D.*de tutor. & curat.dat.* perseuerare illum curatorem in diem vsque pubertatis duntaxat, Post pubertatem verò alium curatorem sibi petere pupillum debere: quod non verè diceretur si curator impuberi tanquam minori datus esset, quia maneret tandiu curator, quandiu ille minor.

l.1. D. qui pet. tutor. l.2.§ quid si curatores D. ad SC.Tertyll. l.curatorem 25.D.de tut. & cur. dat.

ILLATIO III.

De matre quæ perfunctoriè tutorem petiit filio.

TErtiò ex eodem Principio fit, vt si mater petierit quidem filio tutorẽ, sed puritatis gratia, id est perfunctoriè ac vt aliàs loqui prudentes solent dicis causa *l.4.D.commod.l.1.§.excusantur* D.*de SC.Silan.* & ob id tantùm vt possit dicere officium à se desertum non fuisse, atque ita petierit tutorem eum qui dimitti poterat quod iustam haberet excusationem, deinde dimisso eo, vel reiecto alium rursum non petierit, vel ex studio & data opera malos tutores petierit, non eo minùs incidat in sententiam constitutionis *d.l.2.§.1.* Quid enim refert an mater tutorem nullum petierit an eum quem petere non debuit, aut cuius petitio nullum habuerit effectum? *l.quoties 6.D.qui satisf.cogant.l.2.*D.*de autor.tutor.* Denique non potest videri satisfactum constitutioni quandiu in eo res est, vt nondum pupillus eum tutorem habeat cuius consilio & prudentia regi possit, & indemnis seruari.

l.4.D.commod.l. 1.§. excusantur D. de SC. Silan. d.l.2.§.1.D. qui pet. tut.

ILL.

ILLATIO IV.

De matre quæ non petiit confirmari tutores per patrem minus ritè datos.

QVartò ex eodem Principio fit vt si pater minùs legitimè tutores vel curatores testamento, aut codicillis dederit filio impuberi, nec mater eos decreto confirmari petierit perinde incidat in constitutionem, acsi cessasset in petēdis tutoribus filio cui pater tutores nullos dedisset. Cùm enim nihil prorsus referat an tutorem nullum pater dederit, an minùs legitimè dederit, consequens est, vt vtroque casu perinde mater teneatur siue non petierit dari tutorem à magistratu cùm nullum pater dedit, siue non petierit eos confirmari quos pater inutiliter dedit *l.vlt.*D.*qui pet.tutor.* vbi addit Tryphoninus si tamen puribus idoneis tutoribus datis vnus eorum, vel decesserit, vel temporalem excusationem acceperit, matrem quæ propterea in locum illius alium non petiit, quia numerus reliquorum administrationi tutelæ sufficiebat, incidere quidem in verba cōstitutionis, sed nihilominùs sententia excusari. Non enim tam id agit constitutio, vt matrem puniat, quàm vt pupillo consulat, quem proinde satis est damnum ex matris negligentia nec passum esse nec pati potuisse. Ex quo apparet quod contrà scriptum videtur in *l.2.§. quid ergo si non fuerint & seq.*D.*ad* SC.*Tertyll.* sic accipi oportere si numerus qui superest tutorum, nec excusatorū, nec reiectorum non sufficiat administrationi, vt ob non petitos alios in locum demortuorum, vel excusatorum credibile sit pupillum aliquod damnum, vel passum fuisse, vel pati potuisse. Nec sanè ad pupilli vtilitatem valde pertinet, vt plures habeat tutores quàm quot necessarij sint ad tutelam bene administrandam, cùm superuacuus numerus plerumque sit potiùs impedimento quàm vsui pupillo, propter dissensiones quas tutelæ, vt & cæterarum rerum communio excitare solet, ita ferente naturali hominum omnium ad dissentiendum facilitate *arg.l.cùm pater 77.§. dulcißimis de legat.2.*iunct.*l.item si vnus 17.§.principaliter* D.*de recept.qui arbitr.l.3.in princip.*illis verbis *ne vtilitates furiosi impediantur D.de admin.& peric.tutor.*iunct. *§.apparet eiusd.leg.* Adeò autem vtilitas pupilli in hac quęstione totum facit, vt etiamsi mater filio suo impuberi qui soluendo non erat, nullum prorsus tutorē petierit, ei tamen ignoscendum sit, quasi quæ consuluerit pupillo, vt minùs inquietaretur, quasi indefensus *dicta lege 2.§.etiamsi* C.*ad* SC.*Tertyll.* Cui simile illud etiam est quod in eiusdem legis §. præcedente tractat Vlpianus, si pupillo amplum legatum sub condicione relictum sit *si tutores non habuerit* & propterea mater ei non petierit ne condicione deficeretur cessare constitutionem si damnum quod sensit pupillus ob id, quod non habuit tutorē minus sit cumulo legati, Exemplo, inquit, eius quod in magistratibus municipalibus nō dissimiliter tractatur. Dandā scilicet in eos actionem quatenus plus esset in dāno quàm in legato, nisi fortè quis putet cōdicionē hāc quasi publicę vtilitati repugnantē remittendā esse, vt alias plerasque, aut verba testamenti cauillatus quæ de tutoribus tantùm locuta fuerant, imputare velit matri cur filio non petierit curatores. Sed finge vt quæstioni locus supersit plenius conscriptam esse condicionē, vt in ea non solū de tutoribus locutus fuerit testator, sed etiā de curatoribus. Nōne erit ignoscendū matri? An fortè adhuc ei imputabimus cur non desiderauerit à Principe remitti condicionē quæ nec

l.vlt.D.qui pet.tutor.

l.2.§. quid ergo si non fuerint & seq. D. ad SC. Tertyll.

Pluralitas tutorum pupillo damnosa.

d.l.2. §.ergo etiamsi D. ad SC.Tertyll.& §.praeced.

edicto prætoris remissa fuit, nec decreto remitti potuerit. Verius igitur est, vt concludit Vlpianus his omnibus casibus nihil esse matri imputandum, quia nec damnum vllum pupillus sensisse intelligitur.

ILLATIO V.

De matre quæ non petiit adiungi tutorem ei qui suspectus dictus fuit.

QVintò ex eodem Principio fit vt si suspecto tutore pupilli accusato decretum erit alios ei adiungi oportere, mater eos quoque petere debeat, & si non fecerit incidat in sententiam constitutionis *dicta lege vltim. §. sed si suspecto D. qui petant tutor.* Non incidit quidem in verba constitutionis, quia constitutio locuta non est, nisi de matre quæ non petiit tutorem filio non habenti, aut in locum defunctorum, vel excusatorũ, vel remotorum. In hoc autem casu pupillus tutorem habet qui nõdum remotus est. Nec enim statim atque accusatur quis de suspecto, remouetur tanquam suspectus, sed magna causæ cognitio adhibẽda est ne facilè infamia irrogetur, quamuis interim administratione ipsi interdicatur *l. eum quem 7. C. de susp. tut. §. si quis autẽ. Insti. eod. l. quod si fortè 14. §. 1. in fi. D. de solut.* aut si mitiùs agere iudex volet curator ei adiungatur, qui acta eius obseruet ac prouideat ne quid in pupilli necem fiat vel prætermittatur ab eo qui suspectus videri incipit hoc ipso quod de suspecto accusatur. Incidit tamen hæc mater de qua agimus in sententiam constitutionis, quia sic pupillus iste tutorem habet, vt longè melius ei futurum sit nullũ habere quàm talem habere qui sit suspectus si nõ ei curator adiungatur. Itaque nõ minus offendit pupilli vtilitatem mater quæ huic tutori non quęrit adiungi curatorem, quàm si filio tutorem non habenti non quæreret tutorem. Quid ergo si mater non fecerit suspectum tutorem, qui tamen suspectus fieri & poterat & debebat? Certum est non contineri eam verbis constitutionis. Sed an sententia continebitur? Nec enim negari potest quin per huiusmodi omissionem fiat vt pupillus damnum patiatur. Sed tamen magis est, vt in pœnam constitutionis nullomodo incidat, quòd tale factũ æstimare ac diiudicare, id est an suspectus postulari tutor debeat necne, virilis animi est, & potest etiam delicta ignorare mater satisque est eam petiisse talem tutorem qui habita per prætorem inquisitione idoneus apparuerit. Et ideò nec iudicium eius sufficit ad eligendos tutores, sed inquisitio fit etiamsi maximè in bona propria liberis suis testamento tutores dederit *d. l. vlt. D. qui pet. tutor.* Nec est contrarium, quod Vlp. scribit in *d. l. 2. §. quid si non compulit D. ad SC. Tertyll.* plenum officium à matre desiderari. Neque enim negari potest quin plenum officium præstiterit mater quę curauerit dari filio tutorem qui ex inquisitione idoneus sit repertus, licèt postea idem ille fiat suspectus.

l. vlt. §. sed si suspecto D. qui pet. tut.

l. eum quem 7. C. de suspect. tutor. l. quòd si fortè 14. §. 1 in fin. D. de solut.

d. l. vlt. § vlt. D. qui pet. tutor. l. 2. §. quid si non compulit. D. ad SC. Tertyll.

ILLATIO VI.

De filio defuncto pubere cui mater non petierat tutorem.

SExtò ex eodẽ Princ. fit, vt si filius hic cui mater tutorẽ petere debuit, nec petiit, decedat pubes quãuis ab intestato, non eo minùs mater ipsi succedat ex Tertyl-

Tertylliano *l.matres 3.C.ad SC.Tertyll.* Nec enim ad hunc casum Seueri constitutio pertinet, sed ad illum præcisè quo filius cui mater tutorem non petiit impubes decesserit, Nempe quia culpam matris videtur deleuisse voluntas filij qui cùm iam pubes factus testamentum facere posset, aliúmque sibi heredem pro arbitrio eligere, maluit tamen decedere intestatus vt matrem heredem haberet, atque ita eam tacito quodam iudicio heredem instituisse intelligitur *l. 3.in princip.l.conficiuntur 8.vers.sed ideo D.de iur.codicill.l.ab exheredati 126.de legat.1.* Certum autem est non eam fuisse mentem Seueri vt matri quæ tutorem non petiisset aufferret filij hereditatem quam filius ipse siue expresso siue tacito iudicio matri relictam voluisset, sed eam tantùm quæ ex mero solius Senatusconsulti Tertyll. beneficio matri deferretur si constitutio non obstaret. Cùm enim filius moritur impubes, non potest mater dicere se vocatam siue expresso siue tacito filii sui iudicio quod nullum est, quamuis defuncto ei puberi perinde succedat mater ex Tertylliano, atque si impubes decessisset.

l matres 3. C.ad SC. Tertyll.

l.3.in princ. l. conficiuntur 8 D. de iur.codicill. l.ab exheredati 126. de leg.1.

ILLATIO VII.

De fideicommisso conseruando matri quæ non petijt filio tutorem.

SEptimò ex eodem Principio fit, vt si maritus vxori suæ fideicommissum reliquerit à filio impubere, cui mater non petiit tutorem, sub ea condicione *si sine liberis decesserit*, vel sub hac ipsa condicione *si intestatus mortuus erit*, fideicommissi petitio quæ mortuo filio competit ex alieno iudicio non possit dici perempta. *d.l.vlt.§.hac autem D.qui pet.tutor.* quia scilicet non petiti tutoris pœna alia esse nequit, quàm quæ Seueri constitutione statuta est: constitutio autē non fuit locuta nisi de impuberis intestati hereditate, nec abstulit matri nisi quod Senatusconsultum Tertyllianum ei dederat, adeóque sub ea restrictione & limitatione si filius ille cui tutor petitus non esset in pupillari ætate decederet. Quod igitur mater alio iure habere potest, vtputa ex iudicio sui mariti aut alterius cuiuslibet, quamuis sub ea condicione, si filius intestatus moreretur, non est ei aufferendum. Adieci *quamuis sub ea condicione si filius intestatus moreretur*, quia dubitabilior videbatur hic casus, quàm si fideicommissum matri relictum fuisset sub alia illa condicione *si filius sine liberis decederet*, quod & Tryphoninus insinuat iis verbis *vel sub hac ipsa condicione*, Nempe quia cùm eadem condicio sit sub qua vocatur eadem mater ex Senatusconsulto Tertylliano ad legitimam filii hereditatem, facilius videbatur, vt eadem Seueri constitutio quamuis non nisi de legitima filij impuberis hereditate esset locuta, porrigeretur tamen ad ea omnia quibus eadem quæ hereditatis delationi condicio inesset, quàm ad cætera quæ sub alia planéque diuersa condicione deberentur: quale illud est quod matri restituere rogatus est filius sub ea condicione si sine liberis ipse decesserit, Nihil siquidem vetat filium hunc & testatum & sine liberis decedere, atque ita & constitutionis verba cessare, & fideicommissi condicionem existere. Immò & si verum amamus, cùm magis propriè dicatur sine liberis decedere ille qui liberos suscipere potuit nec suscepit (priuatio enim vt dici solet præsupponit habitum) suscipi verò liberi non possint nisi post annos pupillares, & consequenter in ea ætate in qua testamenti quoque faciendi ius est, fieri nequit vt Seueri constitutio quæ condicionem illam habet si filius impubes decesserit porrigatur ad fideicommissum, quod

d.l. vlt. §. hac autem D. qui pet. tutor.

pater reliquerit vxori suæ à filio sub ea condicione si filius sine liberis moreretur. Quamquam fatendum est ab hac verborum proprietate nos recedere, cùm nihilominùs matri hoc fideicommissum deberi admittimus filio intra pupillares annos defuncto. Esset enim excludenda mater quasi defecta condicione si verba illa *si sine liberis* eo quem diximus modo acciperemus, id est priuatiuè, ac non potiùs abnegatiuè, quomodo loquitur Boer. *quæst. vlt.* Verum quippe est sine liberis eum quoque decedere qui liberos habere numquam potuit, non minùs quàm si habere potuisset. Vnde & illud est quod interpretibus nostris placet communiter, & ego non improbo si pater filio suo impuberi substituerit compendio verborum sub ea condicione *si sine liberis decesserit* non eo minùs admitti substitutum tanquam ex pupillari substitutione si filius hic in pupillari ætate, & quod est consequens sine liberis decesserit. Estque in eam rem hic textus meo iudicio apertus. Alioqui mortuo filio impubere mater, vt diximus à fideicommissi petitione excluderetur.

Condicio si sine liberis existit etiã in persona pupilli intra pupillares annos defuncti.

ILLATIO VIII.

De matre tutrice quæ conuolauit ad secunda vota non petito prius alio tutore.

OCtauò ex eodem Principio fit, vt non sine ratione videri debeat quod ab Imperatoribus Theodos. & Valentin. constitutum est in *l. omnem 6. C. ad SC. Tertyll.* Omnem matri, siue ab intestato, siue iure substitutionis si filius impubes moriatur denegandam esse successionem si ea legitima liberorum tutela suscepta ad secundas contra sacramentum præstitum aspirauerit nuptias antequàm tutorem ei alium fecerit ordinari, eique quod debetur ex ratione tutelæ gestæ persoluerit. Quæ constitutio ad priorem illam de qua iam diximus constitutionem Seueri hoc addit, vt pupillaris quoque substitutionis iure priuetur mater, cui Seuerus legitimam duntaxat hereditatem filij abstulerat. Nec immeritò, quia multò grauior culpa est matris quæ non modò filium negligit oblita maternæ pietatis, vt genio suo indulgeat, sed etiam violat iurisiurandi religionem. Iidem enim Imperatores Theodos. & Valentin. qui primi concesserant matribus, vt liberorum suorum tutrices esse possent etiam citra beneficium rescripti principalis quod olim necessarium erat *l. 2. C. quand. mul. tutel. offic. fung. potest.* iunct. *l. vltim. D. de tutel.* illud quoque induxerant, vt antequam mater tutelam suscipere posset cogeretur iurare se ad alias nuptias non venturam. Quod & Iustinianus secutus est *Nouell. 118. de hered. ab intest. venient. capit. 5.* idem tamen postea sustulit *Nouell. 94. vt sine prohib. matres &c.* vnde sumpta est *Authent. sacramentum C. ill. titu. quand. mul. tutel. offic. fung. potest.* vbi scriptum est sacramentum hodie non exigi à matre de non conuolando ad secunda vota, sed tantùm expelli eam à tutela secundis nuptiis contractis. Idque ita constitui consentaneum erat sacrosanctæ religioni nostræ quæ sicuti secundas, tertias & deinceps alias vlteriores in Domino nuptias permittit, ita pati non potest, vt contrarium iusiurandum interponatur, per quod mulier quæ nubere prohiberetur, vti cogeretur. Sed & in proposita specie non

l. omnem 6. C. ad SC. Tertyll.

l. 2. C. quan. mul. tutel. offic. fung. pot. iunct. l. vlt. D. de tutel.

Nouell. 118. cap. 5. & Nouell. 94. vt sin. prohib. patr.

Auth sacramentum C. quan. mul. tutel. offic. fung. pot.

non parum crescit matris culpa, ex eo, quod tutelam à se susceptam deserens relinquit filiũ indefensum, nullo ei alio petito tutore nulláque priùs reddita ratione suæ administrationis, Ob idque grauius eum puniri æquum fuit ablata ei non tantùm legitima, sed etiam testamentaria filij hereditate. Etsi enim de illo filio loquimur, qui testamentum facere non potest cùm sit & moriatur impubes, non eo minùs tamen habet hereditatem testamentariam si pater ei substituerat matrem pupillariter, quandoquidem notissimi iuris est pupillarem substitutionem esse testamentum filij *l.2.l.patris 20.& pass.D. de vulg. & pupill.substit.l.Papinianus 8.§.sed nec impuberis D.de inoff.testam.* Quid igitur si pater filio suo matrẽ substituerit non pupillariter vt in *d.l.omnes*, sed per fideicommissum, vt in ea specie quã proxima illatione tractabamus ex *d.l.vlt.§.hæc autem* D.*qui pet.tutor.* Deficiunt quidem verba constitutionis, sed non sententia. Etsi enim nihil commune habet fideicommissum cum pupillari substitutione, tamen multò facilius & iustius est, vt priuetur mater fideicommisso sibi relicto, quàm vt pupillari substitutione. Quoniam pupillaris substitutio in fauorem matris facta non solùm ad ipsius commodum & honorem respicit, sed etiam ad ipsius impuberis vtilitatem, cui vtique longè honorificentius est testamentarium heredem habere, quàm legitimum *l.Iulianus 42. aliàs l.si pupillus* D.*de acq.hered.* At fideicommissum nihil nisi onus est filij qui grauatus fuit, ideóque nec nouũ est posse substitui pupillariter ei qui fideicõmisso non posset onerari, vt in specie *l.si adrogator 22.§.1.D. de adopt.* Et in fideicommisso proprias impuberis facultates contineri negamus, quæ pupillari substitutione continerentur *l.coheredi 41.§. cùm filia* D. *de vulg. & pupill. subst.* Si ergo ne quidem pupilli fauor potest conseruare substitutionem pupillarem quantò minùs poterit conseruare fideicommissariam? Præsertim verò cùm nihil sit matri æquè debitum ac luctuosa filij hereditas *l.vlt.*C. *de instit.& substit.* quę porrò per pupillarem duntaxat substitutionem defertur, non etiam per fideicommissum. Nam per fideicõmissum succeditur in bonis defuncti, nõ in bonis heredis rogati *d.§.cùm filia l.2.l.in fideicõmissaria 18.& pass.D.ad SC. Trebell.* Neque huic nostræ sententiæ obstat quod Tryphoninus contrà scribit in *d.§.hæc autem*, tale fideicommissum matri deberi, Nõ enim potuit Tryphoninus respicere ad illam Impp. constitutionem multis pòst seculis latam, neque rursus ad eam legis nouæ rationem quod grauiùs peccet mater quę susceptam tutelam deseruit contra sacramentum, cùm iis temporibus inauditum esset matrem admitti ad tutelam filij saltem ex iure communi, illud verò multò magis inauditum iurare viduam se ad secundas nuptias non venturam. Illud difficilius videtur, An hodie locus sit pœnis ex ea constitutione Theodosiana infligendis, cùm tale iusiurandum hodie nullum interponatur, ideóque cesset maiore ex parte ratio noua exacerbandi cõtra matrem iuris veteris. Tritum enim est vbi legis ratio locum nõ habet, nec legẽ ipsam habere locũ posse *l.adigere 6.§.quãuis D.de iur.patr.* Sed tamẽ verius est superesse potestatẽ cõstitutionis, quia non tãtùm ad illã violati iurisiurãdi rationẽ respexisse Imperatores videtur, sed etiã ad id, vel maximè, quòd ea matris ad secũdas nuptias tãtopere festinantis improbitas, pupillo magnũ damnum adferat, cui tamẽ matris potissimùm pietas & diligentia debuerat prodesse. Nemo autem dixerit eo minus esse hodie damnum pupilli, quòd ad festinationem nuptiarum impietas periurij non accedat hodie vt olim, Non enim propter matris periurium,

Testamẽtaria pupilli hereditas.

d.l. vlt. §. hac autẽ D. qui pet.tut.

Differentia quæ est inter pupillarẽ substitutionem & fideicõmissariã.

d.§.hæc autem l. vlt. D. qui pet. tutor.

ſed propter vitricum ſuperinductum pupillus damnũ patitur: Nec ob id ſolũ quod ex poſteriore matrimonio naſci poſſint liberi, quos illa vel æquè, vel quod frequentius eſt magis dilectura ſit, ſed etiam quod longè difficilior pupillo futura ſit explicatio & redditio rationum ob artes & dolos vitrici qui nihil non ſit moliturus, vt noceat priuigno ſibíque & liberis quos ex nouo patrimonio ſperat amplioris patrimonij ſpem paret. Duplex igitur hoc caſu ſit iniuria pupillo per matrem, Vna, quod cùm faciat ipſa, vt pupillus deſinat tutorem habere, nullum tamen illa ei tutorem quærit, Altera, quòd cùm pupilli bona per multos fortè annos, aut perfidè, aut negligenter adminiſtrauerit, ita vt ſi rationes bona fide redderentur, plurimùm eam filio debere conſtiturum eſſet, facit tamen pupilli ſui condicionem deteriorem ſuperinducendo vitricum ante redditas rationes, id eſt ante plenam reliquorum exſolutionẽ. Id enim demum eſt rationes reddere, non tantùm eas edere computandas cũ exhibitione inſtrumentorũ omnium ad eam rem pertinentium, ſed etiam reliqua ſoluere *l. non ſolum noſtrum* 8. §. *is qui reddere D. de liber. legat. l. cùm ſeruus* 82. *l. qui ſub condicione* 111. *D. de condic. & demonſtr.* Planè non poſſum ferre quod pragmaticis noſtris placere ſcio, vt legis Theodoſianæ pœna tanquam nimis dura, & vt loquuntur inhumana non eo vſque ſit extendenda, vt legitimam quoque portionem quæ matri in bonis filij quandocumque & quomodocumque defuncti debetur, matri auferat, quaſi non tam ſucceſſionis quàm ſpeciali & ſingulari quodam iure ac naturali ratione debeatur. Nam ſi legitima nihil aliud eſt quàm portio eius, quod quis ab inteſtato habiturus eſſet, vt vulgo definiunt & rectè ex *l. parentibus* 8. *& l. quæ nuper* 31. C. *de inoff. teſtam.* quænam legitima deberi poteſt ei cui nulla penitus ſucceſſio debetur? Præſertim verò cùm parentibus non naturalis aliqua ratio ſucceſſionem liberorum deferat, ſed ſola ratio miſerationis contra votum parentum ipſorum & naturæ, vt loquitur Papin. in *l. ſcripto* 7. §. *vlt. D. vnd. liber. l. nam etſi* 15. *D. de inoff. teſtam.* De quo quia iam ſatis multa ſcripſimus in Chiliade noſtra *De error. pragmat* plura nunc non dicemus. Hoc tantùm monebimus, ad excuſandam aut potiùs delendam matris culpam minùs poſſe pupillarem ſubſtitutionem quamuis ſit expreſſum teſtamentum filij, quàm ſi filius ipſe inteſtatus decederet, dummodò iam pubes factus. Pupillaris enim ſubſtitutio teſtamentum quidem eſt filij, vt diximus, adeóque expreſſum non tacitum, ſed tamen iudicium eſt patris non filij. Pater verò, qui matrem filio impuberi ſubſtituit, non potuit cogitare de matre, vel inuitanda ad eam iniuriam filio inferendam, vel excuſanda ne in legis pœnam incurreret ob delictum, quod eo tempore nondum commiſiſſet. At cùm filius cui facta iniuria eſt decedit pubes nullo facto teſtamento quod facere poterat, ſi hereditatem ſuam ex ſenatuſconſulto ad matrẽ pertinere noluiſſet, hoc ipſo tacitè teſtari, matrémque ſuam heredem inſtituere creditur, atque ita ſibi irrogatam iniuriam vltrò remittere, quia licèt non niſi tacitum filij teſtamentum ſit, ipſius tamen proprium iudicium eſt, eo tempore conceptum quo & iniuria iam irrogata remitti potuit, & de ea remittenda à beneuolo pióque filio cogitari.

l. non ſolum 8. §. *is qui reddere De liber. legat. l. cùm ſeruus* 82. *l. qui ſub condicione* 111. *De condic. & demonſtr.*

l. ſcripto 7. §. *vlt. D. vnd. liber.*

ILLA-

ILLATIO IX.

De excusatis à tutela non cogendis vt petant tutorem.

NOnò ex eodem Principio fit, vt qui qualitercumque dimissi sunt per excusationem à tutela, necesse non habeant petere pupillis tutorem vt ait Seueri & Antonini constitutio *l.2.§.vlt.D.qui pet.tutor.* Ad eos enim qui legitimè sunt excusati nihil attinet an pupillus tutorem habeat néc ne pertinétque ad curam eorum qui desiderabant dari tutorem hūc qui excusatus est, vt alium in ipsius locum petant, Alioquin esset periculosa & ipsi excusato captiosa excusationis admissio, si ob non petitum tutorem præstare indemnitatem pupillo teneretur, nec in effectu excusatus dici posset, qui ob hoc ipsum teneretur, quod se excusasset. Quid enim refert an teneatur ob id quod tutorem nullum petierit, an ob id quod se excusauerit: cùm nec alia ratio necessitatem petendi tutoris attulerit, quàm quod fuerit hic excusatus? *l.2.§.vl.D. qui pet.tut.*

PRINCIPIVM VI.

De potestate & prouidentia tutoris in rerum pupillarium administratione.

TVtor *qui tutelam gerit quantum ad prouidentiam pupillarem attinet, domini loco habetur l.tutor 27. D. de admin. & pericul. tutor.* id est quantum ad ea quæ facienda sunt, vt pupillo prouideatur ipsiúsque commodis consulatur. Nam si quando in re pupilli malè versetur, puta si quid ex bonis pupillaribus subripuerit & vendiderit, non nocet pupillo, ita vt nec emptori possit contingere vsucapio priusquàm res redeat in ipsius pupilli potestatem *l. qui fundum 7.§ si tutor D.pro empt.* vbi ratio elegans redditur, quia tutor in re pupilli tunc domini loco habetur, cùm tutelam administrat, non cùm pupillum spoliat. Ratio autem Principij huius pendet ex iis quæ diximus ad *Princip.1.* *l. tutor 27. D. de adm. tutor.* *l.qui fundū 7.§ si tutor. D.pro empt.*

ILLATIO I.

De tutore in cuius potestatem rediit res pupilli furtiua.

EX hoc Principio illud primùm fit, vt qui tutelam gerit transigere cum fure possit, ita vt si in potestatem suam redigat rem furtiuam desinat ea res furtiua esse tanquam quæ in domini potestatem peruenerit, cùm tutor domini loco habeatur, inquit Iulianus in *l.interdum 56.§.penultim.D.de furt.* vbi additur circa tutorem furiosi non aliud dicendum esse, quandoquidem adeò ille personam domini sustinet, vt etiam tradendo rem furiosi alienare illam existimetur. *l. interdum 56.§.penul. D.de furt.*

ILLATIO II.

De tutore condicente rem pupilli à fure, & de curatore furiosi etiam condicente.

SEcundò ex eodem Principio fit, quod sequitur in *d.§.qui tutelam,* Tutorem pupilli sui nomine, & curatorem furiosi posse rem furtiuam condicere, *d.§ pen.l. 56. de furt.*

l.1.D.de condict.furt. l.vlt. D.vsufr quem.cau.§.sic itaque instr.De action.

Nimirum quia condictio furtiua soli domino competit *l.1.* D. *de condict. furt.* Vnde est quod dici solet neminem condicere rem suam nisi à fure *l.vlt. D. vsufr.quem.caueat.§.sic itaque Instit.de action.* Tutor autem itémque furiosi curator domini loco habentur. Aliud ergo erit in aliis curatoribus minorum. Illos enim dominorum loco non haberi certum est.

ILLATIO III.

De seruo qui obtemperauit tutori in iis quæ non habent atrocitatem facinoris.

l.seruus 20. de oblig. & action. l. is qui in puteũ 11.§.an ignoscitur D. quod vi aut clam.

TErtiò ex eodem Principio fit, vt in iis quæ atrocitatem facinoris & sceleris non habent, ignoscatur seruo qui obtemperauit tutori, quoniam & ignosceretur ei si domino obtemperasset *l.seruus 20.D.de obligat.& action. l.is qui in puteum 11.§.an ignoscitur D.quod vi aut clam.* vbi tamen additur idem esse hac parte in curatore, quod in tutore: Non quasi tantundem iuris habeat curator quantum tutor vt rerum minoris dominus dici possit, sed quia licèt dominus non sit, vice tamen domini est quod attinet ad minoris bonorum administrationem. Ob ídque sic locutus est Vlpianus vt diceret in *d.§. an ignoscitur vel his qui vice dominorum sunt.* Nec in hoc tantùm sed & in aliis plerisque ad bonorum administrationem pertinentibus, tutori similis est curator vt domini vice habeatur, vt in specie *l. quoties 21. §. si tutor* D. *de noxal. action.* vbi idem Vlp. ait si tutor vel curator sit & noxali actione quis experiatur contra pupillum vel adultum, debere tutorem ipsum vel curatorem iurare seruum qui noxam fecit, in potestate domini non esse: Cùm tamen si quis procurator esset, non ipse sed dominus iurare deberet: vt intelligamus quod verum est plus iuris habere etiam curatorem quàm procuratorem, licèt ex alia parte minus habeat quàm tutor.

l.quoties 21. §.si tutor D. de noxal.action.

ILLATIO IV.

De danda exceptione doli contra pupillum ex dolo tutoris.

l.4.§.illa etiam quæstio & seq. D. de doli mal.except.

QVartò ex eodem Principio fit, vt de dolo tutoris pupillo benè obiiciatur exceptio doli *l.4.§.illa etiam quæstio & §.seq.* D *de doli mal.exc.* quia cùm tutor sit dominus non tam quid fecerit pupillus, qui vt plurimùm doli capax non est, quàm quid tutor ipse inspiciendum est. Quamquam si quis ex hoc probare vellet tutorem dominum esse rerum pupillarium ob id quod tutoris dolus pupillo noceat, bona consecutio non esset. Doli siquidem exceptio etiam alij potest opponi quàm ei qui dolum ipse admiserit, dummodo sit persona illa quæ dolum fecit ex earum numero quarum dolus obest, vt scriptum est in *l.2.§.1.D.eod.* Inter eas verò personas non tantùm tutor enumeratur, sed etiam curator, nec furiosi dũtaxat, verùm etiam prodigi & minoris vigintiquinque annis, vt subiicit Vlpian.in *d.l.4.§.quæ de tutore.* Itaque quamuis maior sit ratio vt tutoris quàm vt curatoris minorum dolus nocere debeat, idem tamẽ in omnibus iuris est. Quod tamen dicimus tutoris dolum pupillo nocere debere non ita simpliciter & indistinctè verum est, sed eo demum casu quo pupillus ex eo locupletior sit factus *l.sed & ex dolo 15.D.de dolo.l.3.D. quand. ex fact.tutor.* Locupletior autem factus intelligi debet, si tutorem eo nomine obligatum

l.2.§.1.eod.

d.l.4.§ quæ de tutore l. 1.l.3.& 4. D. quand. ex fact.tut.

gatum habeat iudicio tutelæ, & tutor soluendo sit. Hoc enim casu etiam de culpa tutoris nedum de dolo pupillus tenetur *l.vlt.D.de admin.tutor.* Quòd si extrinsecus id est extra tutelæ causam tutor aliquid dolo malo admiserit nihil id pupillo nocere debet *l.4.D.quand.ex fact.tutor.* quia nec dominus esse intelligitur tutor in ea re. Sic dicimus, ob dolum malum vel culpam tutoris pupillum possessorem condemnandum esse, etiam quanti actor in litem iuraret si modò rem à tutore pupillus seruare possit *l.1.eod.tit.quand.ex fact.tut.* Nempe quia cùm pupillus possessor est tutor ipse intelligitur esse dominus possessionis, & ideo tanquam possidens ipse dolo malo præbet causam faciendæ contra pupillum condemnationi quanti actor in litem iurauerit. Sed de tota quæstione ista videnda & tenenda sunt ea quæ post hæc scripsimus in Rationalibus ad *d.l.sed & ex dolo.*

ILLATIO V.

De tutore qui tutelam non gerit.

QVintò ex eodem Principio fit, vt qui tutelam non gerit, domini loco haberi non possit, quia needum tutor est licèt ab eo iussus sit tutor esse qui iubendi ius habet *l.qui iussus 17.D.de admin.tutor.* vbi scribit Pomponius eum qui iussus est ab illo, qui iubendi ius habet tutelam gerere, si cessauerit debere indemnem præstare pupillum ex quo iussus est non ex quo tutor esse cœpit. Quod ita est accipiendum, vt eam indemnitatem præstare pupillo debeat non directa tutelæ actione, sed vtili tantùm, nec enim directa actio tutelæ potest eum tenere qui tutor non est, tutor verò non est qui non gessit *l. 4. §.sed enim D.rem pupill.salu.for.* vbi ex hoc infert Vlpianus, si tutor cauerit rem pupilli saluam fore, in eámque rem vt fieri solet fideiussores dederit, non aliter teneri actione ex stipulatu neque ipsum neque fideiussores ipsius, quàm si tutelam ipse gesserit, ob idque quod est valdè singulare, compellẽdum eum vt administret, propterea vt stipulatione quoque ista possit teneri: quamuis aliàs dici soleat neminem ad factum præcisè cogi quòd fieri id nequeat citra vim & impressionem, ob idque in locum obligationis facti succedere eius quod interest præstationem. *l.si quis ab alio 13 in fin.* D.*de re iudic.l.quoties* 81.*de ver.oblig.* Idque est quod ait Vlp.in *l.1.in princ.De adm.tutor.* solere cogi tutorem extra ordinem vt tutelam gerat, & administret. Cur verò extra ordinem? Nimirum quia in eam rem nulla actio prodita est aut esse potest. Præposterum enim esset dari actionem tutelę contra eum, qui tutor non esset ad hoc vt tutor fieret. Cogetur ergo tutor extraordinario imperio prætoris aut comminatione pœnarum, aut pignoribus captis, quomodo & cogi heredes solent ad suspectam hereditatẽ adeundam. Neque tamen consequens est, vt qui tutor esse iussus est, impune cesset in tutela gerenda. Cessat enim suo periculo ex quò tẽpore scit se tutorẽ datũ, nisi excusationem quam habet alleget intra tempora præstituta *d.l.1.§.1.* & vtili actione tenetur ad præstandam pupillo indemnitatem *d. l. 4. §.1.rem pupill.salu.for.* Sufficit verò qualiter qualiter innotuisse tutori se tutorẽ esse, non vtique testatò eum conueniri. Nam etsi citra testationem scilicet vndecumque cognouit, nulla dubitatio est quin periculum ad ipsum respicere debeat: Planè si tutor neget se sciuisse, pupillo incumbet onus probandi scientiam *l.ita autem 5.§.vlt.cum l.seq.* D *de admin.& peric.tut.* Indéq; ratio dubitãdi petenda est ad *l.qui tutor.*.8.*eo.* vbi Vlp. ait eum qui tutor negotia pupilli gessit

l.4 §. sed enim D.rem pupill. salu. for.

l.1. in princ. De admin. tutor.

d.l.1.§.1.d. l.4.§.1. rem pupill. salu. for.

l.ita autem 5 §.vlt.cum l. seq. De admin. tut. l. qui tutor 18.eod.

quamuis in nulla re pupillo autor fuerit, nihilominùs tutelæ iudicio teneri. Videbatur enim non teneri quasi nihil gessisset, qui nulla in re autoritatem pupillo præstitisset. Sed nihil prohibet, inquit Vlp. ita patrimonium pupilli compositum esse vt nihil gerere necesse sit in quo tutoris autoritas debeat interponi: potéstque fieri vt aliis multis modis quàm præstando autoritatem tutor tutelam gerat.

De pluribus tutoribus quorum alij gesserunt, alij non gesserunt suo ordine conueniendis.

AD hanc illationem illud etiam pertinet, quod dici solet, Pluribus datis tutoribus si quidam gesserint, quidam non gesserint, eos qui gesserunt priore loco conueniendos esse, alios verò non nisi in subsidium, si ij qui gesserunt non sint soluendo *l.3.C.de diuid.tutel l.1.& 2.C.si tut.vel curat. non gesser. l. 1. §. nunc tractemus D.de tutel.& ration.distr.* Nempe quoniam qui gesserunt verè tutores fuerunt, qui verò non gesserunt, tutores fuisse dici non possunt, nec alia ratione tenentur, quàm quia periculo suo cessauerint, Ne scilicet aliter posito iure dicendum esset, cessasse illos periculo pupilli, quod porrò periculum nullum subest quandiu pupillus indemnitatem consequi potest ab aliis qui & verè tutores fuerint, & adhuc sint soluendo. Vnde etiam est quod tutores qui licèt à prætore alióve magistratu dati fuerint, tutelam tamen administrare nō possunt, ideò quòd alij administratio data sit, honorarios appellare solemus, tanquam qui non tam reuera tutores sint, quàm honoris causa tutores dicantur *l.3.§.cæteri* D.*de adm & peric.tutor.* Qua de causa nec defuerunt qui putauerint ad honorarios istos periculum tutelæ non pertinere. Quo enim iure teneri potest qui tutor non esse intelligitur? Sed blandiuntur sibi qui sic putant, inquit Vlp. in *d.§.cæteri.* Constat enim etiam honorarios tutores excussis priùs facultatibus eius qui gesserit, conueniri oportere, Dati siquidem sunt quasi obseruatores actus eius & custodes, eísque imputabitur quandoque cur si eum malè versari videbant, suspectum non fecerint. Assiduè igitur & rationem ab eo exigere illos oportet, & sollicitè exigere qualiter conuersetur, & si pecunia sit quæ deponi possit, curare vt deponatur ad prædiorum comparationem. Id ni faciant, tenentur, non tanquam tutores, nec proinde directa tutelæ actione, sed vtili actione quia cessauerint, nec rursum quia cessauerint in gerendo, quomodo tenentur ij qui iussi sunt gerere, sed quia cessauerint in faciendo suspecto tutore quem malè tutelam gerere sciebant aut scire debebant. Qua etiam ratione placet debitorem pupillarem soluentem tutori honorario liberari non quasi soluerit ei qui reuera tutor sit, sed quia soluit ei ad quē etiam tutelæ periculum respicit *l.quòd si fortè 14.§.1. D.de solut.* Hinc fit, vt si plures tutores vel curatores dati sint ratum haberi debeat etiam quod per vnū gestum est si modò solus ille ius habuerit gerendi vt sequenti illatione dicemus ex *l.3.in princip.* D.*de admin.tutor.* Nam si ex pluribus tutoribus ille quid fecerit vel autoritatem præstiterit, cui administratio decreta non est, id ratum à prætore haberi non debebit *l.4.*D.*de autor.tutor.* Ideóque tales tutores quibus administratio decreta non est tanquam extraneos rectè à pupillo emere placet *l.tutores 6.eod.*

l.3.C.de diuid.tutel. l.1.& 2.C.si tut.vel cur. non gesser. l.1. §. nunc tractemus D. de tutel. & rat.dist.

l.3.§. cæteri D. de adm. & peric. tutor.

l.quòd si fortè 14 §.1.De solut. l. 3. in princ. De admin tut. l.4.& 6.de autor.tut.

ILLA-

ILLATIO VI.

De validitate eorum quæ gesta sunt per vnum ex pluribus tutoribus.

SExtò ex eodem Principio fit, quod Vlpianus scribit in *d. l.* 3. D*e admin. & peric. tutor.* Si plures curatores dati sint (idem in pluribus tutoribus multò magis obtinet) ratum haberi debere etiam quod per vnum ex iis gestum sit. Ponimus enim gestum esse ab eo qui habuerit ius gerendi, hoc est qui tutor vel creator datus fuerit ad hoc ipsum vt tutelam vel curam administraret. Cũ verò qui sic tutor datus est, verè tutor sit, & consequenter domini loco habeatur, quidni rata debebunt haberi omnia per eum gesta? Quod enim alius quoque tutor vel curator sit, qui eandem tutelam curámve pro suo iure similiter gerat, non facit quin hic verè tutor sit, & domini loco habendus tùm etiam cũ solus est. Nec enim ideò plures tutores dantur vt in quocumque actu omnes consentire necesse sit, sed vt tantò commodiùs per vnumquemque ex iis pupillo consulatur, dummodò alius non contradicat *l. consilio* 7. *§. vlt* D. *de cur. fur.* Scilicèt cùm agimus de tutoribus testamentarijs vel ex inquisitione datis secũdum iuris veteris distinctionem à Iustiniano relatam & sublatam in *l. vlt.* C. *de autor. præst.* de qua diximus in præcedentibus suo loco. Hoc ita, nisi ponas duobus pluribúsve simul tutelam gerendam permissam esse vel à parente vel à cõtutoribus, vel à magistratibus: nec enim hoc casu quicquam vni sine alio agere permittitur. *l. Titium* 47 *in princ. D. de admin. tutor.* Nisi quod si qua actio exercenda sit, permittitur singulis agere, quia nimirum duo simul agere non possent *l. decreto* 24. §. 1. D. *eod. de admin. tutor.* vbi ait Paulus hoc ipsum benignè receptum esse, quandoquidem ex stricta iuris ratione potiùs dicẽdum esset neutri agere permittendum quàm vni soli cùm sit verum non esse illum tutorem sine contutore, ius autem agendi nullum habeat nisi tanquam tutor. Hi contrarij sunt tutores qui tutelam inter se diuidi voluerunt vt scilicet distribueretur inter eos tutelæ administratio siue in partes, siue in regiones. Hoc enim casu singulis pro sua parte & regione competit in solidum administratio, ita vt vnusquisque summoueatur si agere velit pro ea parte & regione quam non administrat *d. l. si plures* 3. *§. vlt. cum l. seq. eod. tit.* iunct. *l. Lucius* 46. *§. pen. in fin. l. Titium* 47. *§. tutores l. si duo* 51. *eod. ti. l.* 2. C. *si ex plurib. tutor. l.* 2. C. *de peric. tutor. l.* 2. C. *de diuid. tutel.* Quod & in curatoribus qui bonis dati sunt obseruatur vt si per regiones constituti fuerint, debeat vnusquisque suam conseruare *l.* 2. *§. si plures* D. *de curat. bon. dand.* Eáque dubitandi ratio erat ad *d. l. Titium* 47. *§. vl.* vbi scriptum est si tutor rerum Italicarum conuentus à creditore prouinciali vbi rem pupillus habuit ei soluerit, posse illum tutelæ iudicio id repudiare. Videbatur enim aptior in eam rem actio negotiorũ gestorum quàm tutelæ, cùm hic in ea solutione non tam tutoris quàm amici officio functus existimari posset. Verùm non ita est. Semper enim verum est, & tutorem eum fuisse, & pupilli negotium vtiliter gessisse, quod non æquè gesturus fuerat si tutor non fuisset: cùm eo casu conueniri à creditore non potuisset soluerit autem ideò duntaxat quod à creditore fuerat conuentus. Quidni ergo tutelæ iudicio idipsum quod soluit reputabit?

l. 3. D. de admin. & peric. tutor.
l. consilio 7. §. vlt. D. de curat. fur.
L. vlt. C. de autor. præst.
l. Titium 47 in princ. D. de adm. tut.
l. decreto 24. §. 1. eod.
d. l. 3. §. vlt. cum l. seq. l. Lucius 46. §. pen. in fi. l. Titium 47 §. tutores l. si duo 51. eod. tit. l. 2. C. de peric. tutor. l. 2. C. de diuid. tutel. l. 2. § si plures De curat. bon. dand. d. l. Titium 47. §. vlt.

ILLATIO VII.

De eo quem ex pluribus tutoribus tutelam gerere pater destinauit.

SEptimò ex eodem Principio fit, vt si parens vel pater qui in potestate habet destinauerit testamento quis tutorum tutelam gerat, ille solus tutelam gerere debeat, *d.l.3.§.si parens eod.tit.de admin.tutor.* Cùm enim lex 12. tab. patri potestatem fecerit tutoris dandi filio, isque qui tutelam gerit magis verè ac propriè tutor sit, quàm qui non gerit, consequens est vt non minùs standum sit patris voluntati in eo quod pater iussit vt hic vel ille gereret, quàm in eo quod plures filio tutores nominauit. Vtique enim rectè filio prospexisse pater creditur vt scriptum est in *d.§.si parens*, Vbi additur tantundem facere prætorem & de his quos parens destinauit suo testamento veriùs quàm dedit, id est quos inutiliter dedit, quique ideò confirmandi sunt à prætore. Nam si parens declarauerit quem ex iis administrare velit, sic eos omnes prætor confirmabit vt tamen solus ille administret quem pater administrare iussit: cæteri verò tutores non nisi honorarij erunt. Quamuis autem ei potissimùm tutelam se cõmissurum prætor dicat, cui testator delegauit, nonnumquam tamen ab hoc recedit, vt puta si pater minùs penso cõsilio hoc fecerit, fortè minor vigintiquinque annis, vel si eo tempore fecit quo tutor ille frugi vel bonæ vitæ videbatur, deinde postea idem cœpit malè conuersari ignorante testatore, vel si contemplatione facultatum eius res ei commissa est quibus facultatibus postea fuerit exutus. Nam & ex his causis si vnum duntaxat tutorem pater dederit nonnumquam ei adiunguntur curatores, si fortè tutoris persona talis sit cui tutelam soli cõmittere, aut potiùs tutelæ administrationem periculosum pupillo videatur. Quidni verò liceat magistratui negligere interdum voluntatem patris, cũ idipsum liceat etiam tutori, vt postea dicemus. Itaq; cùm quidam duos libertos suos tutores dedisset, vnum rerum Italicarũ, aliũ rerũ Africanarum, placuit Imperatoribus curatores eis adiungendos, nec patris secuti sunt volũtatem vt subiicit Vlp. in *d.l.3.§.nam etsi.* Addens nec aliud in curatoribus obseruandum nimirum vt si plures testamento pater destinauerit (dare enim non potest) prętor cũ eos confirmabit, debeat obseruare ne alii ex curatoribus detur administratio quàm cui pater ipse dedit, nisi causa aliqua iusta sit propter quã recedere debeat à patris voluntate. Sed etsi pater non declarauerit quis ex tutoribus vel curatoribus quos dedit vel destinauit gerere debeat, Prætor tamen id agere solet vt per vnum tutela vel cura administretur, nec per multos spargatur, quia ad pupilli vtilitatẽ id pertinet cũ tutor vnus multò faciliùs actiones omnes pupilli nomine & exerceat & excipiat, vt idẽ Vlp. ait in *§.apparet eiusd.leg.* Quemadmodum enim pluralitas dominorum eandẽ rẽ in cõmuni habentium nihil nisi materiam discordiarum præstare solet *l.cùm pater 77.§. dulcißimis De leg. 2.* quoniam in pari iure solet melior esse condicio prohibentis *l.in re communi 26.D.vrban.præd.l.Sabinus 28.D.comm.diuid.* Ita & pluralitas tutorum qui in bonis pupillaribus dominorum iure censeantur idem adferre solet incommodũ, singulis id agentibus vt domini esse videantur. Hoc verò incommodũ meliùs deuitari nõ potest, quàm si tum quoque cùm plures tutores, vel curatores siue dantur siue confirmantur, vni tamẽ administrãda tutela, curáve cõcedatur cũ non tutor quilibet dominus videri possit, sed solus ille qui tutelam gerit, vt Principiũ nostrũ habet. Nam neque ex alia re potest apertiùs dignosci an quis sit dominus quã si de bonis de quibus agitur pro arbitrio disponat *vulg.l.in re mandata*

d.l.3.§.si parens D.de admin. tut.

d.l.3.§.nam etsi.

§. apparet eiusd.leg. l.cùm pater 77.§.dulcissimis de leg. 2.

mandata 21.*C.mandat.l.Julianus* 10.*D.de curat.furiof.* Vnde eſt quod ſuos heredes non fieri dicimus ſed exiſtere & apparere, quod Græci dicunt διαφαίνεσθαι quia tametſi iã inde ab eo tẽpore quo pater viuit dominus eſſe intelligatur bonorum paternorum indéque ſuus non alienus heres eſſe intelligitur, nõ priùs tamen id ita eſſe apparet,quã pater deceſſerit,quia nec priùs habet liberã bonorũ paternorum adminiſtrationem *l.in ſuis* 11.*D.de liber.& poſt.* Quid ergo ſi cũ pater tutores plures teſtamento vtiliter dedit,quos proinde à prætore confirmari nil neceſſe ſit,non tamen declarauerit à quo ex ipſis tutelã geri vellet? Is gerere debebit cui maior pars tutorum,tutelam id eſt tutelæ adminiſtrationẽ decreuerit *l.ſi nemo* 19.*§.*1.D.*de teſt.tut.§.*1.*verſ.quòd ſi non fuerit Inſt.de ſatiſ. tut.d.l.*3.*§.ſi non erit D.de adm.tut.* Prætor igitur inquit Vlp.iubebit tutores omnes conuocari aut ſi non coibunt,aut coacti in vnum,decernere nolent, prætor ipſe cauſa cognita ſtatuet quis tutelam gerere debeat. Planè ſi non conſentiant tutores prætori ſed velint omnes gerere quia fidẽ non habent electo,nec pati volunt ſe fieri ſuccedaneos alieni periculi,dicendũ eſt prætorem eis permittere debere vt omnes gerant *d.l.*3.*§.pe.D.de adm.tut.* Iã enim diximus vno ex tutoribus ad gerendam tutelam electo,non eo minùs cæteros,periculo tutelæ manere obſtrictos tanquã tutores quãuis non niſi honorarios & in ſubſidiũ *d.l.*3.*§.cæteri.* Nemo autẽ dixerit alieni facti periculũ ſubire quem debere,ſi ex proprio putet ſibi quæri poſſe ſecuritatẽ.Solet tamen prætor in hac tutorũ diſſenſione illũ præferre qui offert ſatiſdationẽ ſiue teſtamentarij tutores proponantur ſiue dati ex inquiſitione,vt edicto perpetuo cauetur *l.*4.*C.de tut.vel cur.qui ſat.non ded. l.teſtamento* 17.*D.de teſt.tut.* quãuis verba edicti ad teſtamentarios tantùm pertineant *d.l.ſi nemo* 19.*§.*1.*in fi.* Non quod poſſit vnus ex tutoribus ſiue teſtamentariis ſiue datiuis ſatis petere à collega ſuo,ſed vt audiẽdus ſit ſi offerat ei an ſatis accipere velit,an dare *l.datiuus* 9.D. *rem pupill. ſalu. for.* Nec enim ſic prætor edictum propoſuit vt promiſerit daturum ſe adminiſtrationem ei,qui primus offerret ſatiſdationem,ſed omnibus tutoribus eandem condicionem delatam voluit,ſi & ipſi ſatiſdare vellent.Qui enim ſatiſdare parati ſunt non debent excludi,alterius oblatione. Ac proinde oblata ab omnibus præſtitáque ſatiſdatione omnes gerent,Qui verò contentus erit ſatis accipere magis quàm dare & gerere,is ſecurus erit *d.l.teſtamento.* Non omnimodo tamen is qui ſatiſdat præferendus eſt,etiamſi cæteri ſatiſdare nolint. Quid enim ſi ſuſpecta perſona ſit vel turpis cui tutela committi non debeat nec cum ſatiſdatione? Vel,quid ſi iam multa flagitia in tutela admiſit? Nónne magis repelli à tutela & reiici debet quàm ſolus adminiſtrare? E contrario finge illos qui ſatiſdare nolunt, benè probatos eſſe ac idoneos atque honeſtos tutores. Non temerè erunt repellendi ob id ſolùm quòd non ſatiſdent,Immò nec iubẽdi ſatiſdare *d.l.teſtamento §.*1.cùm nec alia ratio vlla præterquàm vtilitatis pupilli moueat,prætorem vt à tutore exigat ſatiſdationem, Duplex igitur cauſæ cognitio eſt,vna ex perſona eius qui offert ſatiſdationem,quis & qualis ſit, Alia ex perſona contutorum qui ſatiſdare nolunt, num fortè ſint eius exiſtimationis & honeſtatis vt non facilè hanc ſatiſdationis contumeliam ſubire debeant vt loquitur Vlp.in *d.l.teſtamento §.vlt.* Parum enim à cõtumelia diſtat exactio ſatiſdationis,quæ ſcilicet præſtari non ſolet niſi ab iis quorũ vel ſuſpecta fides & probitas ſit, vel ſuſpectæ facultates, Adeò vt ipſe quoque fideiuſſor qui acceptus non eſt cùm eſſet idoneus, poſſit conqueri de iniuria ſibi facta in-

l. Iulianus 10.*D.de curat.furioſ.*

l. in ſuis 11. *De liber.& poſthum.*

l ſi nemo 19. *§.*1.*D.de teſtam. tutel. l.*3.*§.ſi non erit D. de admin. tut. d.l.*3.*§.pen.*

§.cæteri d.l. 3.

*l.*4.*C.de tu. vel curat. qui ſat. non ded.*

l.datiuus 3. *D.rem pup. ſalu.for.*

l.teſtamento 17.*§.*1.*D. de teſt. tut.*

d.l. teſtamento §.vlt.

l. si verò 5. §. 1. D. qui satisd. cogant.

l. quòd si plures 18 De testam. tut.

l. si plures 16. D. de accusat.

l. si nemo 19. D. de testa. tutel.

l. tres tutores 55. vers. non solùm D. de adm. & peric. tu.

l. fin C. de diuid. tutel. l. fin. C. si tut. non gesser.

l. ita autem 5. §. gessisse D. de adm. tutor.

l. duo tutores 5. D. de magistr. conuen.

d. l. tres tutores vers. itē in eo.

d. l. 5 §. quòd si quis tutelam.

d. l. 4. §. sed enim D. rem pupill. salu. for.

d. l. 5 §. quòd si posteaquā.

eámque rem habere actionem iniuriarum vt Caius innuit in *l. si verò 5. §. 1. D. qui satisd. cogant.* Ergo quod prætoris edicto continetur præferendos esse illos qui offerunt satisdationem, sic omnino accipiendum est si cætera omnia sint paria. Quòd si plures satisdare parati sint, tunc idoneior præferendus est, vt & tutorum personæ inter se & fideiussorem cōparentur *l. quòd si plures 18. eo. tit. De testam. tutel.* Videlicet ex dignitate, ex eo quod interest, vel ex ætate, vel ex moribus, vel alia iusta de causa. Vt & in specie *l. si plures 16. D. de accusat. & inscript.* Quid igitur si nemo tutorum prouocet ad satisdationem? Sed tamen existat quidam non tutor qui vltrò prætorē adeat & desideret vt tutores satisdent, aut si non dent, parato sibi satisdare tutela committatur. Non est audiendus. Nec enim aut extero committenda est tutela solo prætextu oblatæ satisdationis aut testamento dati tutores contra iuris rationem satisdationis oneri subiiciendi sunt *d. l. si nemo 19. in princip.* Obseruatione tamen dignum illud est, in quo facilè quis erraret, gestam videri tutelam non ab eo solo qui satisdedit cōtutori vt solus posset administrare, sed ab illo etiā qui satis accepit, Rem pupilli saluam fore, multóque magis ab illo qui tutelam alii gerendam mandauit *l. tres tutores 55. vers. non solum D. de admin. & peric. tutor.* vbi additur non posse istos se defendere constitutionibus quæ iubent ante conueniri eum qui gessit *d. l. fin. C. de diuid. tutel. d. l. fin. C. si tut. non gesser.* nimirum quòd omnes gessisse intelligantur. Gessisse si quidem videtur is qui attigit aliquid pupillare quantumcunque modicum, ita vt hoc casu cessent partes eorum qui solent cogere cessantes vt administrent *l. ita autem 5. §. gessisse eod. tit.* Atqui non potest negari quin pupillarem administrationem attigerit, qui tanquam contutor satis accepit à contutore suo vt pupillo sibíque cautum esset, non minùs quàm si administrationem tutelæ partitus esset cum contutore, qui postea sine bonis & sine herede decessisset. Videtur enim hic negotia omnia gessisse hoc ipso quod aliqua gessit cùm hoc ipso se obligauerit vt etiam alia gereret saltem hactenus vt curaret pupillo cautum esse *l. duo tutores 5. D. de magistr. conuen.* Neque tamē his consequens est, vt si ex pluribus tutoribus quidam gesserint attingendo aliquid pupillare, quidam non gesserint ob ea quæ gesta non sunt debeant priores conueniri ii qui cætera gesserunt. Nam immò verò in eo quod nemo gessit periculum est communiter omnium: nec aliter illud exigi oportet ab eo solo qui alia gessit, quàm si sint talia quæ vel consummationem cœptorum ab eo desiderabant, vel ita fuerunt coniuncta vt non debuerint separari, vt eleganter Tryphoninus tractat in *d. l. tres tutores ver. item in eo.* Videntur enim omnes tutores æqualiter esse in lata culpa ob ea quæ gesta non sunt cùm geri debuissent *d. l. vlt. C. si tut. vel curat. non gesser.* In eo autem qui tutelam alii gerendam mandauit, apertius est videri eum tutelam gessisse. Quid enim refert an per se gesserit an per alium? Nempe si gesta fuerit tutela ab eo cui mandatum est, eritque hoc casu locus directæ actioni tutelæ *d. l. ita autem 5. § quòd si quis tutelam.* Sed si ad gestionem non accesserit is cui mandatum fuerat vt gereret, sicuti nō poterit videri tutor gessisse per eum qui ipse nihil gerere voluit, ita fatēdū erit non directa tutelæ actione conueniendum eum esse, sed vtili, qua conueniuntur cæteri qui gerere debuerunt, & omnino non gesserunt *d. §. quòd si quis & l. 4. § sed enim D. rem pupill. salu. for.* Alia ratio est eius qui posteaquàm cœpit gerere, tunc se gestu abstinuit. Is enim non solùm se non liberat, sed etiam postulari potest tanquam suspectus *d. l. ita autem §. quòd si posteaquàm.*

ILLA-

ILLATIO VIII.

De tutore non cogendo satisdare si paratus sit defendere pupillum.

OCtauò ex eodem Principio fit, vt sufficiat tutoribus ad plenam defensionem, siue ipsi iudicium suscipiant, siue pupillus ipsis autoribus, id est vt non sint tutores cogendi cauere sicut cæteri defensores solent *l.1. §.sufficit eod.tit.De admin.tutor.l.vlt.§.defensionem* C.*eod.* Ratio enim propter quam cęteri defensores cauere tenentur, non alia est quàm quia nemo alienę litis defensor idoneus esse intelligitur sine satisdatione *l. qui proprio* 46.*§. qui alium l.non videtur* 53.D.*de procurat.* adeò vt nec si filius, vel pater sit, remittatur ei necessitas satisdandi *l.exigendi* 12.*C.eod.l.filiusfamilias* 14.*D. qui satisdat.cogan.*nempe quia quisquis rem alienam defendit numquam locuples habetur, *l.qui rē alienā* 166.iunct. *l.in eo* 110.*§.1.De reg.iur.* Atqui tutor qui tutelā gerit quomodo gerit proculdubio quisquis tanquā tutor pupillū defendit, hoc ipso quod eū defendit domini loco est, vt Princ.nostrū habet. Ergo cùm magis suā quàm alienā litē defendere videatur, satisdare cogēdus nō est. Igitur licētia erit tutoribus vtrū malint ipsi suscipere iudiciū an pupillum exhibere, vt ipsis autoribus iudiciū suscipiatur. Interest tamē an pupillus fari possit, vel absit, an non. Nā si vel absit, vel fari nō possit, supradictā electionē habere tutor non potest cùm pupillus hic iudiciū accipere etiā tutore autore nō possit. Itaq; tutorē ipsū pupilli nomine iudiciū accipere necesse est, si verò supra septimū ætatis annū sit pupillus, ideq; pręsens, eo demū casu supradicta electio habere locū potest. Quod quāquā ex ratione iuris verè dicitur, tamē nescio quid diuersū pręseferre videtur verba Vlp.in *d.§.sufficit*, Nimirū cogēdū hoc posteriore casu tutorē vt autoritatē pupillo pręstet, nec ei permittendū etiāsi maximè velit, vt iudiciū suscipiat pro pupillo. Sic.n.scriptū est, *Ita tamē vt pro his qui fari non possunt, vel absint ipsi tutores iudiciū suscipiāt, pro his autē qui supra septimū annū ætatis sunt, & præsto fuerint autoritatem præstent.* Quo tamē admisso dici nō poterit, quonā casu tutor possit habere electionē quā ei dat eadē ex in *ver.licētia & ratio etiā ipsa iuris.* Quis enim dubitat licere tutori accipere iudiciū pro pupillo sine pupillo quāuis pręsente ac infantię annos egresso? *l.pen.* D.*de aut.tut.* Sicut & potest tutor pupilli nomine contrahere perindéq; dominiū rei pupillaris in aliū trāsferre, atq; si pupillus ipse tutore autore cōtraxisset *l.1.l.5.§.si fundus & §.nō passim & tot.tit. D.de reb.eor.qui sub tutel.* Iis enim solis pupillorū res distrahere dedenegatū est qui neq; tutores sunt ipso iure, neq; curatores, sed tantùm pro tutore, vel pro curatore negotia gerfit *l.qui neq.*8.*eo.* Quare nec dubitatur quin tutor ad vtilitatē pupilli sicut nouare obligationē, ita & rē in iudiciū deducere possit, adeò vt nec cogatur cauere pupillū ratā rem habiturum nisi de hoc ipso dubitetur an tutor sit, vel adhuc duret tutor, vel deniq; an gestus illi commissus sit, ne aduersarius scilicet decipiatur *l.tutor.*21.*cum l.seq.*D.*de admi.tut.* Quantò igitur magis licebit tutori suscipere iudiciū pro pupillo etiā præsente, nec amplius infante? Hoc.n.ad tutoris officiū multò magis pertinet, vt pupillū defendat & tueatur, vnde & tutoris nomē habet, quàm vt pro eo agat. Quidni ergo eandem adhibemus distinctionem agente tutore, vt nō aliter possit ipse agere sine pupillo, quàm si pupillus, vel infans sit, vel absens, si ea distinctio adhibēda esset cùm pupillus conuenitur? Sed & illud me valde mouet, quod sequitur in

l.1. §. sufficit D.de admi. tutor.l. vlt. §.defensionē C.eod.

l.qui proprio 46.§.qui alium l. non videtur 53. D.de procurat.l.exigendi 12.C.eod.

d. §. sufficit l.1.D.de admin. tutor.

l.pen. D. de autor. tutor. l.1.l.5. §. si fundus §.nō passim l.qui neque 8. D. de reb. eor. qui sub tutel.

l. tutor 22. cum l. seq. D. de admi.tutor.

d.l.1. eo.tit. *d.l.1.*in adultorum causis licentiam esse agentibus,vel ipsum adultum præsentem in iudicium vocare,vt consensu curatoris conueniatur,vel contra curatorem agere,vt ipse litem suscipiat. Nam si in arbitrio & electione curatoris est vtrum ipse litem suscipere velit solus pro minore etiam præsente,an verò minori vt litem suscipiat autoritatē præstare,quantò magis eam electionē habere tutor debet? An nō enim magis domini loco habetur tutor quàm curator? quippe qui etiam in liberum pupilli caput habeat potestatem quā curator nullam habet.Fateor in iis,quæ ad bonorum administrationem pertinent parum distare autoritatē curatoris ab autoritate tutoris,sed quis vnquam ferat plus iuris habere curatorem quàm tutorem? Atqui habebit proculdubio plus iuris si præsente minore habeat electionē,quam nō habet tutor præsente pupillo. Absente verò minore tantūdem iuris quantum tutor absente pupillo,vt nimirum qui contra minorē vult litem instituere contra curatorē agere omnimodo cōpellatur.Id enim est quod sequitur in *d.l.1.in absentibus autē adultis omnimodo contra curatorem agendū.*Itaque,vt dicā quod sentio,nō dubito quin Triboniani sit tota illa distinctio ab iis verbis *Licentia igitur erit.* Nam & dictio hæc *licentia* Triboniano familiarissima est,vt ex codicis constitutionibus apparet,ac quamuis in plerisque Pandectarum locis reperiatur, quoties tamē eā lego,toties Triboniani manum vel detego,vel suspicor.Sed in proposita quæstione hoc amplius est,quod Tribonianus more suo non tantùm pugnat cum iuris ratione,sed etiam cum seipso. Iuris rationem Vlpianus satis apertè expresserat primis illis verbis *sufficit tutoribus ad plenam defensionem, siue ipsi iudicium suscipiant, siue pupillus ipsis autoribus*, vt intelligeremus generaliter & indistinctè, id est siue pupillus infans sit, siue infantiam egressus, siue absens, siue præsens dandam tutori electionem an iudicium ipse malit suscipere pupilli nomine an pupillo autoritatem præstare. Quamquam primus ille lapsus fuit Triboniani quod existimauit Vlpianum supradictis verbis id agere vt doceret tutorem istam habere electionem. Cùm tamen nihil minùs cogitauerit Vlpianus,quàm vt id diceret quod nullā habere dubitationem poterat.Immò verò hoc vnum docere voluit,tutorem siue iudicium suscipiat pro pupillo,siue autoritatem præstet,defendere ipsum idoneè videri, nec eo magis cogi,vt præterea satisdationem illam præstet, quam cæteri defensores præstare solent,quod vel primum illud verbum *sufficit* apertè significabat,etiamsi non fuisset adiectum, *nec cogendi sunt tutores cauere, vt cæteri defensores solent*, quæ adiectio non nouam continet sententiam,sed præcedentis tantùm interpretatio quædam est. Quæ autem sequitur illatio iis verbis *licentia igitur erit vtrum malint ipsi suscipere iudicium an pupillum exhibere, vt ipsis autoribus iudicium suscipiatur* etsi vera est in se, tamen ab hoc quem fuisse diximus, Vlpiani sensu omnino est aliena, nec valde dissimilis ei quam ridiculè faceret is, qui ex rescriptis illis pontificiis, quæ tam multa incip. Ad aures, inferre vellet Papam habere aures. Cùm verò ea illatio vera sit, vt diximus, quæ arbitrio tutoris relinquit, an velit ipse iudicium pro pupillo accipere, an ipsi pupillo accipienti autoritatem præstare, Non potest fieri quin falsa sit sequens illa restrictio *ita tamen vt pro his qui fari non possunt,vel absint ipsi tutores iudicium suscipiant,pro iis autem qui supra septimum annum ætatis sunt, & præsto fuerint, autoritatem præstent.* Destruit enim suprascriptā illationem,hoc ipso quod facit vt nullus supersit casus in quo

Tribonianismus apud Vlpianū in d.l.1.

in quo tutor habeat electionem, quæ præcedentibus verbis datur. Taceo quod ipsa conceptio verborũ parum elegans est, variato etiam tempore quod idem esse debebat in illis verbis *non possunt vel absint*: scribendum enim erat *absunt*. Item in sequentibus illis *sunt & præsto fuerint*. Scribendum enim erat *& præsto sunt*. At neque solent Iureconsulti pupillis qui fari nõ possunt opponere eos qui septimũ annum egressi sunt, sed simpliciter eos qui fari possunt sine vlla certi temporis definitione, quòd an possit quis fari necne, nõ ex certa ætate æstimandũ sit, sed ex re ipsa, quandoquidẽ alij citiùs, alij tardiùs loqui incipiũt. Nec in eo fuit necesse honestatis causa, siue qua alia ratione certam ætatẽ definire, quomodo necesse fuit in æstimanda pubertate. Habitus enim ille corporis occultus est, nec sine pudoris offensa detegi potest. At cùm quæritur an quis infans sit necne, quid aliud quærere volumus, aut inspicere, quàm vtrum loqui sciat an nesciat? Quare & cùm dicimus pupillum qui fari potest, hereditatem sibi delatam adire posse tutore autore *l. pupillus 9. D. de acq. hered.* non de illo tantùm intelligimus qui septimum annũ excesserit, sed de illo etiam qui septennio minor sit, immò & sexennio si modò loqui possit. Contrà verò, quod dicimus patrem infanti filio bonorum possessionem accipere posse *l. seruus 7. §. pen. D. de bon. poss. l. 1. D. de bon. poss. furios.* non puto verum esse in filio, qui fari possit licèt septimum annum nondum attigerit nedum compleuerit, quia necessitas nulla est, vt contra iuris regulas liceat patri pro filio petere bonorum possessionem, cùm infans ipse cui delata fuit, eã petere potest. Adeò vt etiam pupillus habens tutorem possit eam petere sine tutore dummodo sciat iudex impuberis condicionem *l. bonorum 7. C. qui admitt. ad bonor. poss.* (quomodo accipienda videtur *d. l. 7. §. penul. de bonor. pos.*) cùm tamen plus iuris hac parte habuerit tutor quàm pater siquidem pater non nisi infanti filio bonorũ possessionem petere potest, tutor verò pupillo petere potest, sine vlla ætatis distinctione *dict. l. bonorum*. Solam sponsaliorum causam excipio. Cùm enim sponsalia contrahantur per stipulationem, ob idq; sit necessarius duorum consensus, fieri nequit, vt ab eo cõtrahantur qui licèt fari possit, nõdũ tamẽ intelligat quid agat *l. in sponsalibus 14. D. de spons.* vbi tamẽ quod in fine additur *id est si non sint minores quàm septem annis* mihi sanè non minùs suspectum est, sapitque interpretationem Tribonianeam pugnantem scilicet cum eo ipso textu ad quem adhibetur: Cùm eo nimirum quod in legis principio scriptum est in sponsalibus contrahendis ætatem contrahentium definitã nõ esse vt in matrimoniis: An non enim esset definita si ante septimum annum contrahi sponsalia non possent? Aut quo sensu possit quis dicere meliùs definitam esse ætatẽ in contrahẽdis matrimoniis? An fortè cogitur quis vxorẽ ducere statim vbi compleuit decimũquartũ annũ? Aut quid aliud significamus cùm dicimus tẽpus pubertatis definitũ esse contrahendis matrimoniis, nisi quod ante illam ętatem contrahi nuptiæ non possunt, postea verò si aliud nihil impediat, quandocumque possunt? Quidni ergo perinde dicere liceat certã ętatẽ definitã esse sponsalibus contrahendis, si ius ita est, vt ante septimum annũ spõsalia cõtrahi prohibeãtur? Adde quod sequitur in eadem lege in modum illationis & rectè *quapropter & à primordio ætatis sponsalia effici possunt*. Quodnam enim primordium ætatis esse potest in quo contrahi possint sponsalia, si nõ possunt ante septimum annum completum? At cùm de bonorum possessione infantis nomine agnita secundum iuris rationem tractatur, infantẽ toti iurisprudẽtiæ veteri

l. pupillus 9. D. de acq. hered.

l. seruus 7. §. pen. de bon. poss. l. 1. de bonor. poss. furio. l. 1. C. qui admitt.

l. in sponsalibus 14. de sponsal.

dictum esse eum qui non loqueretur, non qui septennio minor esset, constat apertissimè ex *l.infantis 3. C.qui admitt.ad bonor.poss.* Primúsque Tribonianus fuit, meo iudicio, qui eam infantis definitionem & interpretationem inuexit tam in responsa prudentum, quàm in Theodosii & Valentiniani constitutionem in *l.si infanti* 18.*C.de iur.delib.* Sed redeamus ad *d.l.1.D.de admi.tutor.* Sequitur in *§.in causis in fin.in absentibus autem adultis omnimodo contra curatorem agendum,* vbi articulus *in* abundat. Erat enim multò elegantius dicere *absentibus autem adultis.* Deest verò aliquid in sequentibus. Nam si dicas quod statim occurrit, supplendum esse tantùm verbum, *est*, vt plerumque fit, quomodo cõstrues, quod subiicitur in *§.vlt.non denegari autem.* Quid enim præcedit, aut sequitur ad quod infinitiuũ illũ referre possis? Sed id passim Triboniano vsuuenire videas, vt eius manũ prodat mala grãmatica nedũ imperitia iuris. Denique quis vnquam dixit *prospectu officij* quomomodo scriptum est in *d.§.vl.* pro eo quod dicere Tribonianus voluit *intuitu officij*, aut vt frequẽtius dicere solemus *respectu officij.* At nec facilè credi potest scripturum fuisse Vlpianum *in iudicium vocare* pro eo quod cæteri Iureconsulti solent dicere & verba ipsa edicti habent *in ius vocare.* Mansit enim toto iure vetere perpetua differentia inter ius, & iudiciũ, sicut & inter iudicẽ & ius dicẽtẽ: quã posteà sublatã ex Diocletiani & Maximiani cõstitutione in *d.l.2.C.de ped.iud.* Tribonianus quantũ in ipso fuit passim deleuit & id egit quoad potuit, ne qua eius differentiæ vestigia superessent, Nec postremò placent mihi valde vltima illa legis verba *vel eis hoc facientibus suũ accommodare consensum.* Non enim solus tutoris, vel curatoris consensus sufficit, vt iudicium à pupillo, vel adulto bene institutum dici possit, sed autoritas etiam necessaria est, quę multò plus quàm consensus est, Autoritas pars est administrationis, atque expressa adprobatio tutoris, vel curatoris, vt definit Cuiacius in paratitlis ad illum *tit.De autor.& consen.tutor.* At consensus etiã tacitus plerumque est, potéstque interuenire citra speciem autoritatis. Præstare autoritatem actus legitimus est, & ideo purè nõ cõdicionaliter interponi debet, vt pupilli contractus tametsi condicionalis confirmetur *l.etsi* 8.*ill.tit.D.de autor.& consf.tutor.* iunct. *l.actus legitimi* 77. *De regu.iur.* At consensum pręstare quid priuatum est & extra legitimi actus causam. In summa tutoris autoritas, vel curatoris debet in ipso negotio cùm fit, interuenire, vel statim atque negotium perfectum est non ante negotium, aut post tempus, itémque præsente tutore, vel curatore non per epistolam, aut per nũcium *l.obligari 9.§.tutor eod.tit.D.de autor.& consens.tutor.l.si quis mihi* 25.*§.iussum D.de acquir.here.* Cùm verò de consensu tantùm præstando agitur, etiam epistola & internuncius sufficere potest *d.§.iussum l.cùm tabernam* 34. *§.1.D.de pignor.* Verùm de his omnibus contra Tribonianum iam satis.

l.infantis 3. C. qui admitt.ad bonor poss.

L.si infanti 18 C. de iur. delib.

d.l. 1.§. in causis D. de admin. tut.

§.vlt.d.l.1.

l.2.C.de pedan.iudic.

Differentia quæ sit inter cõsensum & autoritatẽ.

l. etsi 8. de aut.& consens. tutor.

l.obligari 9. §.tutor. eod. tit. l.si quis mihi 25. §. iussum D. de acquir. hered.

ILLATIO IX.

De actione iudicati danda pupillo & in pupillum, non tutori: neque contra tutorem.

NOnò ex eodem Principio fit, vt siue tutor pupilli nomine agens fecerit vt aduersarius condẽnaretur, siue fuerit ipse condemnatus, & pupillo & in pupillum actio iudicati danda sit non tutori & in tutorem *l.2.D.de administr.tutor.* Cùm enim tutor non habeatur loco domini in rebus pupillaribus nisi

l.2. D. de admin.tut.

nisi quia tutor est, absurdum sanè esset tutori ipsi, aut in tutorem ipsum dari actionem iudicati proprio nomine: Quod addo, quia nec dubitandum est dari posse & tutori & in tutorem nomine tutorio. Dubitationem tamen illud faciebat, quòd absurdum videbatur dari actionem iudicati ei, vel in eum cuius mentio nulla facta esset in iudicato, Præsertim cùm dici soleat à nostris sententiam esse stricti iuris, vt ex ea neque actio, neque exceptio possit competere vltra quàm disertè verbis sententiæ comprehensum sit *l. miles 6. §. 1. l. in sententiis 59. in princip. & §. 1. & 2. D. de re indic.* Sed respondendum est quod in persona tutoris iudex statuit, siue pro tutore, siue contra tutorē, perinde accipiendum esse pro pupillo, aut contra pupillum esse constitutum. Ne aliter posito iure fieret iniuria tutoribus condemnatis qui litem non apertè iniustā sed dubiam pupilli nomine suscipere ex officij necessitate coacti fuissent. Semper enim obseruandum est, ne cui officium suum sit damnosum *l. videlicet 28. D. ex quib. caus. maior. l. tutorem 22. D. de his quæ vt indign.* iunct. *l. post legatum 5. §. aduocatum eod.* Et ob eam causam dicimus huic tutori succurri, cùm iudicati actio non in eum, sed in pupillum datur. Sic enim loquitur Scæuola in *l. penult. D. quand. ex fact. tutor.* Nimirum quia strictæ iuris rationi conuenientius erat, vt iudicati actio daretur in tutorem qui esset ipse condemnatus. Ideò autem loquitur Scæuola de tutore qui infantem defendit, Non quasi aliud sit in eo qui pupillum infantiæ annos egressum defenderit, sed quia lōgè dignior est tutor cui succurratur si infantem quàm si maiori ætatis pupillū iudicio defenderit, cùm eo casu quo pupillus infantiā egressus esset, imputari quodāmodo tutori posset cur pupilli nomine iudiciū suscepisset, ac nō potiùs pupillo ipsi iudiciū proprio nomine accipiēdi autor fuisset. Videtur enim se offerre liti tutor qui mauult ipse pro pupillo iudiciū accipere, quàm pupillo, vt ipse accipiat autoritatē præstare. In eū autē qui se liti obtulit, iudicati actio dari solet *l. 4. D. de re iud.* Quod nō similiter obiici potest tutori, qui infantē defendit. Maximè si infantem intelligas eum non qui sit minor septennio, sed qui fari non possit, quomodo interpretati sumus præcedente illatione. Idque est quod Vlp. ait in *d. l. 2. & maximè si non se liti obtulit, sed cùm non posset propter absentiā pupilli, vel propter infantiam autor ei esse ad accipiendum iudicium.* Cæterùm quamuis fauorabilior sit tutor qui coactus iudicium accepit pro pupillo, non tamen vsque adeò potest imputari ei qui pupillo autor fieri potuisset, vt idcirco debeat morari in damno, cùm tantò diligentiorem & fideliorem se exhibuerit, malens ipse iudicium accipere quàm autoritatem præstare. Et ob id generaliter & indistinctè sequitur in *d. l. 2. & exinde multis rescriptis declaratum est in pupillum dandam actionem iudicati semper tutore condemnato.* Vt non vana fortasse coniectura sit dictionem illam *infantem* quæ extat apud Scæuolam in *d. l. pen. D. quand. ex fact. tutor.* irreptitiam esse, & à Triboniano substitutam pro dictione *pupillum* quam & reponi mallem. Quid enim causæ est cur tractemus de infante si idem iuris est in pupillo quolibet, etiam qui infantiæ annos excesserit? Idque fiet probabilius ex iis quæ adnotauimus illatione superiore. Sequitur apud Vlpianum in *d. l. 2. nisi abstineatur, Tunc enim nec in tutorem, nec in pupillum, nec pignora tutoris capienda esse sæpe rescriptum est.* Pupillus nāque siue abstineat ipse, siue à tutore abstineatur (siquidem tutor etiā pupillum abstinere dicitur *l. cùm hereditas 59. eod. tit. l. penult. D. de autor. tutor.*) pro eo habetur acsi numquam heres fuisset, scilicet quod ad prætorem attinet

l. miles 6. §. 1. l. in sententiis 59. & §. 1. & 2. D. de re indic.

L. pen. D. quand. ex fact. tutor.

l. 4. D. de re indic.

d. l. 2. D. de admin. tut.

Scæuola emendatus in d. l. pen.

d. l. 2.

l.si filius 12. D.de interrog.in iur.fac. Itaque cùm neque ipse, neque ipsius nomine tutor iudicium acceperit, nisi iure heredis, consequens est, vt quamuis abstineat pupillus, vel abstineatur post rem iudicatã, nihilominùs iudicati executio in eũ dari non possit *l.ex contractu 44.D.de re iudi.d.l.pen.* D.*de aut.tut.* Quò pertinet quod Papin. scribit in *l.vlt.D.si quis cautio.* Si tutor iudicio sisti promiserit, & stipulationi non obtemperauerit & interea pupillus vel absoluerit, vel mortẽ obierit, aut etiam abstentus sit hereditate, denegãdã ex stipulatu actionẽ, scilicèt non minùs contra tutorẽ ipsum, quàm contra pupillũ. Nã & ipsius rei quę petebatur, inquit, si tutor cõdẽnatus fuerit, & eorũ quid acciderit, iudicati actio in eũ danda non erit. Ergo & si satisdederit tutor mox abstinuerit pupillus, fideiussoribus quoque ipsius subueniri debebit. Quẽadmodũ dici solet, cùm pupillus post immixtionẽ se abstinet succurrẽdũ esse fideiussoribus ab eo datis si ex hereditario cõtractu conueniantur *l.si pupillus 89.D.de acquir.hered.d.l.2.§.amplius D.de admin.tut.* vbi additur, sed & si pupillus non abstinuit, quemadmodũ ipsi tutori non eo minùs succurritur, ita & fideiussoribus eius subueniri, ne ex iudicato tutoris nomine conueniri possint, maximè si pro absente pupillo, vel pro infante tutor satisdedit. Qod tamen sic intelligendum videtur si fideiussores à tutore dati sint tanquam pro tutoris persona ipsa, nõ pro pupillo. Qui enim pro pupillo interuenerunt licèt mandante tutore, fieri non potest vt nõ remaneant obligati quãdiu pupillus ipse & pupillus remanet, & obligatus. Alioqui ad quid vnquam prodesset datos à tutore fideiussores de iudicato soluendo? Planè si pupillo ipsi subueniatur ex aliqua causa iusta cui fauor ętatis cõiunctus sit, non nego ipsius quoque fideiussoribus subueniri oportere, vt solent cętera beneficia omnia quæ debitoribus principalibus indulgentur etiam colore ætatis, prodesse ipsorum fideiussoribus *l.1. & 2. C.de fideiuss.minor.* Nisi proponas ob eam tantùm causam acceptos fideiussores, vt contra periculũ restitutionis esset cautum creditori & contemplatione iuris prætorij, vt loquitur Papin. in *l.Stichum aut Pamphilum 95.§. quod vulgo D.de solut.* aut propter incertum ætatis ac restitutionis, vt idem Papin. ait in *l.si Titius 48.§.1.D.de fideiussor.*

l.si filius 12. D.de interrog.in iur.fac. l.ex contractu 44 D.de re iudic. l.penult. D.de autor.tutor. l.vlt. D. si quis cautıon. l. pupillus 89.D.de ac. hered. d.l.2.§.amplius D. de admin.tut. l.1. & 2. C. de fideiuss. minor. l.Stichũ aut Pamphilũ 95. §.quod vulgo D.de solut.l.si Titius 48.§.1. D. de fideiuss.

ILLAT. X.

De tutore qui debuit patri pupilli, nec soluit.

DEcimò ex eodem Principio fit, vt debitor patris qui tutelam filij administrauit, tutelæ iudicio teneatur etiã ob id quod patri debuit, *l.ita autem 5.§.debitor D.de admin. & peric.tutor.* Nempe quia cùm situti cęterorum pupilli bonorũ ita & actionum quas pupillus contra debitores suos habet dominus sit, potuit ille & debuit à seipso exigere sicut & à cæteris debitoribus pupilli, sibiq; debet imputare si nõ fecerit id, quod præter eũ alius pupilli nomine facere nõ potuit. Nã generaliter quod aduersus aliũ pręstare debuit, pupillo suo, id aduersus se quoque pręstare debet: fortassis & plus. Aduersus alios.n. experiri sine actione nõ potuit, aduersus se potuit, inquit eleganter Vlp. in *l.quoties 9.§.& generaliter eod.tit.* Quod enim dici solet neminẽ posse agere sine actione *l.si pupilli 6.§.vlt.D.de negõ.gest.* ad hũc casum nõ pertinet in quo nihil aliud exigimus à tutore nisi vt pupilli rationibus soluat, quod ei debet, vt verò soluat nulla actio necessaria est, si modò bonã fidẽ pręstare velit cùm actiones nõ nisi contra perfidos cõparatæ sint eósque iuris gentiũ violatores *l.cùm amplius 84.§.is natura debet de reg.iu.Theoph.in pr.tit.De act.* Quis verò & cui bonã fidem

l.ita autem §.8.debitor. D.de admi. tutor. l. quoties 9. §.& generaliter eod.tit. l. cùm amplius 84.§ is natura debet de reg. iur.

dem prȩstare magis debet quàm tutor pupillo? Inde fit vt si sub vsuris grauioribus patri pupilli pecuniā debuit quàm sint pupillares, nihil sit quod ei imputetur, si soluerit. Etsi enim non fuit vtile pupillo eā pecuniā solui, quæ maiores vsuras pariebat quàm quas ratio pupillaris à tutore postmodum exactura sit, quidni tamen licere tutori debuit soluere, ne grauioribus illis vsuris se oneraret? At si nō soluit cogēdus est eas vsuras agnoscere quas à se exigere debuit *d.l. quoties* 9. *§. sed si sub vsuris*. Quid verò si pupilli pater nō debitorē suū, sed eum pro quo fideiussit, tutorē dederit filio? Tutoris officio conueniet, vt cùm dies præstandæ pecuniæ venerit creditori debitum soluat *d.l. quoties* §. *si paterfamilias*, vbi ex hoc infertur, si cessante tutore pupillus suæ tutelæ factus soluerit ex causa fideiussoria, non solùm mandati, sed etiam tutelæ actione contra tutorē hoc nomine agi posse, propterea quòd ei sit imputandum cur pro se non soluerit. Sed si debitor in diem fuit iste tutor, quibusdam placuit distinguendum esse an is dies post tutelam finitam superuenerit, an verò durante adhuc tutela: Vt priore casu non veniat ea res in tutelæ iudicium, posteriore verò in tutelæ iudicium omnimodo deuoluatur. Quæ distinctio apertam sanè hebet rationē. Cùm enim dies non nisi post finitam tutelam superuenit, nemo dixerit imputandum esse tutori cur non soluerit eo tempore quo tutor adhuc erat, cùm is qui in diem debitor est totum tempus medium habeat liberum ad soluendū *l. quod quis* 50. *de oblig. & action. l. qui hoc anno* 42. D. *de verb. oblig.* Ex eo igitur duntaxat tempore potest imputari cur non soluerit, ex quo soluere debuit. Atqui eo tēpore iā finita erat tutela, Ergo tutelæ actione conueniri eo nomine non potest, cùm actio illa contra tutorem non ob alia competat, quàm ob ea quȩ tutor vel gessit, vel gerere debuit quasi tutor, aut saltem occasione tutelæ. E contrario si durante adhuc tutela dies venerit, quoniam ex eo tempore imputādum est tutori cur non soluerit, fatendum est omnimodo ex hac causa obstringi eum iudicio tutelæ. Et tamen improbat hanc distinctionē Vlpianus distinguítq; ipse aliter, An scilicet tutor cœperit labi facultatibus, necne, vt si cœperit labi facultatibus, teneatur iudicio tutelæ, siue ante, siue post finitam tutelā dies obligationis venerit; si verò idoneus sit, nihil veniat in tutelȩ iudicium, nec si durante adhuc tutela venerit dies. Cuius distinctionis tota æquitas in eo consistit, quod cùm tutor soluendo est parum interest pupilli an tutelæ actionem aduersus tutorem habeat, an verò mandati. At cùm soluēdo esse desiit, interest sanè propter priuilegium quod actio tutelæ habet, nō etiā actio mandati inter actiones personales: itémque propter fideiussores qui solent accipi Rem pupilli saluam fore, ex causa scilicet tutelæ non mandati. Verùm non possum ego videre quænam vel iuris, vel æquitatis ratio hanc Vlpiani distinctionem tueatur. Quantumuis enim idoneus & soluendo sit tutor, non ideò tamen pupillo aufferenda est actio, quam suo iure habet contra tutoris fideiussores ob culpam quam in administranda tutela tutor admisit si ante finitam tutelam debuerit soluere proprio creditori, vt à fideiussione pupillum liberaret nec soluerit. Nostra enim valde interest plures habere debitores plurésque actiones tum etiam cùm debitores omnes sunt soluendo *l. generaliter* 28. *C. de fideiuss.* Ex diuerso autem tum quoque cùm tutor facultatibus labi cœpit, non debet ei vsque adeò faueri, vt actionem tutelæ habere debeat ob culpam quæ à tutore admissa non sit nisi finita iam tutela. Ita enim fit, vt qui pupillo fauor indulgetur, vergat in dispendium

d.l. quoties §. sed si sub vsuris.

§. si paterfamilias d.l. quoties.

d.§. si paterfamilias.

cęterorum creditorum tutoris contra quos actio mandati sola pupillo competens nullum,vel temporis,vel taciti pignoris priuilegiū esset habitura : itémque in detrimentum fideiussorum tutelæ , contra quos nulla dari posset actio ex ea causa quæ induceret mandati non tutelæ actionem.Quod vtrumque tam apertum est, vt non possit fieri mihi probabile Vlpianum contrà respondisse. Quare nisi me fallo est etiam hic locus vnus ex iis quos Tribonianus corrupit,nec minùs insulsè quàm audacter. Illa enim verba à quibus Triboniani nota incipit, *Ego & hoc & superius ita verum esse puto si facultatibus labi tutor cœpit. Cæterum si idoneus tutor fuit,nihil venire in tutelæ iudicio* nullam interpretationem commodam admittunt,nisi quæ præcedentibus ex diametro repugnet,quantum ad priorem illum casum quem initio diximus cùm dies soluendæ pecuniæ pręteriit priùs quàm tutela finiretur.Qui casus proculdubio significatur iis verbis *& superius* Et tamen superiore illo casu dixerat Vlpianus officio tutoris conuenire,vt cùm dies soluendæ pecuniæ præterierit soluat creditori,ideóque nec dubitandum quin ex ea causa non solùm mandati, sed etiā tutelę teneatur. Addita etiam ratione,quòd ei imputetur cur pro se non soluerit,nec adhibita illa distinctione, An idoneus postea manserit,an factus sit nō soluendo. Quis ergo credat Vlpianum tam citò nulláque cogente ratione à seipso dissensisse?In posteriore specie faciliùs posset hoc admitti , quia Vlpianus non tam suam quàm aliorum sententiā retulisse videbatur iis verbis *quibusdam videtur*. Quamquam nec illud possum videre quænam sit hæc posterior species ad quam accommodari velit Vlpianus eam distinctionem, Vtrum ante an post finitam tutelam dies venerit,& in quo differat à priore. Nā si dicas quod ipse verborum contextus coget te dicere posteriorem speciem esse de tutore qui fuerit debitor in diem , Replicabo nec de alio priorem speciē fuisse,vt conuincunt verba illa,*vt cum dies pecuniæ præterierit*,Nisi dicas posse videri diem pecuniæ pręteriisse tum etiam cùm pecunia non in diem debita fuerat,sed sub condicione quæ fuerit impleta. Sed quamuis hoc verum sit, quid tamē potest referre an debitum fuerit in diem certum an sub condicione quod ad hoc vt tutori qui cessauit in solutione,vel plus, vel minùs imputetur, Immò si verum amamus,quid refert an purè tutor ab initio debuerit , an in diem qui durante tutelą venerit, an sub condicione quæ ante finitam tutelam extiterit ? Aut si cùm tutor in diem certum debuit adhibenda est aliqua distinctio siue prior illa , Vtrum dies ante an post finitam tutelam venerit, siue posterior , Vtrum tutor idoneus manserit, an verò labi facultatibus cœperit, Quidni etiam distinctiones easdem adhibebimus cùm tutor debuit sub condicione ? Sanè quamuis admitterem verba *cùm dies pecuniæ præterierit* eū casum comprehendere quo debitum contractum fuisset sub condicione quæ extitisset,numquam tamen fatebor non etiam illum complecti quo tutor fuisset debitor in diem. Cùm ergo sententia esset generalis & verbis generalibus concepta,nihil attinebat subiicere quasi diuersum quidpiam & de quo nihildum dictum esset, *Quòd si in diem debitor fuit iste tutor*.Sed cùm vellet Tribonianus supra modum fauere tutori eiúsque fideiussoribus eo casu quo non oportebat,quasi nihil interesset pupilli , an tutelæ , an potiùs mandati iudicio suum consequeretur à tutore qui soluendo esset,non animaduertit immò fieri pupillo iniuriam, cùm ex duobus actionibus quas suo iure contra tutorem habiturus erat altera ei auffertur, nec vlla contra tutoris fideiussores relinquitur,

Tribonianismus.

quantum-

quantumuis debitor sit soluendo. Cæterùm ita sensisse Vlpianum & scripsisse vt quod iste tutor alioqui iudicio mandati debiturus fuerat in tutelę iudicium deuolueretur, ex eo apparet quod statim sequitur in versic. item si, *Item si temporali actione obligatus fuit tutor dicendum est locum esse tutelæ iudicio vt perpetua actio sit.* Etsi ad aliam speciem hic versiculus pertinet, in qua scilicet tutor fuerit debitor ipsius pupilli. Tota enim ferè hac lege id agit Vlpianus vt ostendat tutelę iudicio teneri tutorem qui non fecit durante tutela quod facere debuit, Præsertim verò si ipse pupilli debitor aut creditor fuit. Hodie nullus his quæstionibus locus relinquitur, nisi in persona matris & auiæ, quibus scilicet solis permissum est tutelam habere liberorum etiam quorum sint ipsæ debitrices vel creditrices, quod alij nulli licet *Nouell. 94. Vt sine prohibit. matr. debitr. & creditr.*

Nouell 94. Vt sine prohib. matr. debitr. & creditr.

ILLATIO XI.

De tutore qui creditor fuit patris pupilli.

VNdecimò ex eodem Principio fit, vt sicuti potest tutor & debet soluere pupillo quod ei debet, ita & exigere quod sibi debetur si creditor fuit patris pupilli. Nam & sibi soluere potest si modò pecunia fuit vnde solueret, Ait Vlp. in *d. l. quoties 9. §. sicut autem,* Nempe quia cùm tutor sit dominus pecuniarum vt & cæterarum rerum pupillarium nihil vetat quominùs ex iis possit sibi soluere. Ipsa verò vtilitas pupilli exigit vt id facere debeat, ad hoc vt pupillo liberatio acquiratur. Finge enim debitam fuisse pecuniam tutori sub grauioribus vsuris, Releuandus ab iis erit pupillus, quia tutor eum potuit liberare sicut alliis quoque soluere & potuisset & debuisset. Nec vtique necesse habet si cōueniatur per iudicem soluere, idcircóque si mala causa pupillaris est, sibi ipsi denunciare verum debet. Denique Imperator Antoninus cum patre suo rescripsit, nec honoraria aduocatis præstita pupillo imputare tutores posse si supernacaneam & temerariam litem instituissent, cùm conuenirentur à vero creditore vt subiicit Vlp. in *vers. nec vtique,* vbi rationem & optimam & elegantem reddit, quia tutores bonam fidem agnoscere non prohibentur, Immò iubentur, quia probus ac diligens paterfamilias quilibet idem faceret. Non tantùm autem sibi soluere tutor potest verùm etiam sibi creditam pecuniam scribere, séque mutua pecunia obligare, sibi mutuam datam proscribendo *§. non tantùm d. l. quoties.* Cùm enim ad mutuum contrahendum nihil aliud exigatur nisi vt per causam crediti pecunia ex mea fiat tua *l. 2. §. appellata D. de reb. cred.* tutor autem dominus sit pecuniæ pupillaris, consequens est vt Titius tutor Sempronij possit tanquam tutor & Sempronij nomine pecuniam credere sibi ipsi tanquam Titio, atque ita duplicem personam sustinere & mutuam dantis, & mutuam accipientis.

d. l. quoties 9. §. sicut autem D. de admin. tut.

d. §. sicut vers. nec vtique.

d. l. quoties §. non tantùm.

ILLATIO XII.

De vno ex pluribus tutoribus volente agere in contutorem.

DVodecimò ex eodem Principio fit, vt cùm plures tutelam gerunt, nulli eorum in contutorem nomine pupilli actio dari debeat *l. cum plures 12. in princ. eod. tit.* quia cùm omnes sint æquè domini, nemo ex iis plus iuris habere potest quàm cæteri, quod tamen esset necesse vt aduersus alios agere posset. Itaque cùm tutores duo post factam rerum pupillarium venditionem pecuniã inter se diuisissent, & post eam diuisionem alter eorum in exilium datus esset

l. cum plures 12. in princ. eod. tit. De admin. tut.

durante tutela, deinde actore constituto cõtutor eius partẽ pupillaris pecuniæ ab eo actore petere vellet. Modestinus respondit in *l. sine herede 32. §. vl. eo. tit.* neque hoc etiam casu permittendum contutori vt tutelæ actionẽ exerceat. Idque est quod Vlp. ait in *l. actus sui 19. eod. tit.* actus sui rationem contutori vel concuratori reddere compellendum non esse contutorem aut concuratorem, sed nisi cum eo administrationem communicet, aut si non ex fide tutelam vel curam gerat suspectum eum postulari posse. Item quod Imperatores in *l. 2. C. eod.* aduersus adolescentis curatorem non posse collegas iudicium exercere quandiu communis administratio durat. Nã si administratio non duraret cõmunis, aliud esset nihilque prohiberet ei qui tutor maneret actionem dari contra eum qui tutor esse desiisset. Ideóque Modestinus in *d. l. 32. §. vlt.* respondit aduersus cõtutorem quamuis relegatum non posse iudiciũ exerceri, nẽpe quia relegatus non desinit esse tutor, cùm neque libertatem amittat, neq; ciuitatem.

l. sine herede 32. §. vlt. eod.
l. actus sui 19. eod.
l. 2. C. eod.
d. l. 32. §. vl. D. eod.

ILLATIO XIII.

De tutore seruo pronunciato qui emerat ex pecunia pupilli.

DEcimotertiò ex eodem Principio fit, quod scribit Vlp. in *l. circa 11. eod. tit.* circa pupillum cuius tutor seruus erat pronunciatus rescriptum esse à Diuo Pio in iis rebus, quas ex pecunia pupilli seruus comparauerat, dominum nõ posse vti prærogatiua deductionis, hoc est non habere priuilegium vt si quid ei seruus debuit, in iis bonis præferatur, Quamuis dici soleat nullum priuilegiũ præponi patri vel domino posse cùm ex persona filij vel serui de peculio conueniuntur *l. ex facto 52. D. de pecul.* Nimirum, quia in eo quod seruus hic gessit tanquam tutor, non potest fieri vt habeatur pro seruo, cùm pro domino haberetur. Ergo hoc casu res cõparatæ ex pecunia pupilli erunt pupilli, saltẽ quoadusque plenissimam indemnitatem sit consecutus: Nam & extantem pecuniam vindicare pupillus posset, & consumptam condicere si mutuo data, non in prædiorum comparationem versa fuisset, quia ius alienandi pecuniam pupillarem non habuit, qui verus tutor non fuit, *d. l. ex facto vers. planè.*

l. circa 11. eod. tit.
l. ex facto 52. D. de pecul.
d. l. ex facto vers. planè.

ILLATIO XIV.

De comprobandis omnibus ijs quæ gesta sunt à tutore bona fide.

DEcimoquartò ex eodem Principio fit, vt quæ bona fide à tutore gesta sunt rata haberi debeant etiam ex rescriptis Traiani & Hadriani acsi à pupillo ipso gesta essent aut tutor verus dominus fuisset *d. l. cùm plures 12. §. 1. D. eod.* vbi ex hoc infert Paulus, pupillum non posse vindicare rem quam legitimè tutor distraxerit. Nam & inutile esset pupillis, inquit, si administratio tutorum non seruaretur, nemine alioqui futuro qui vel ab iis emere vel aliter cum ipsis contrahere vellet. Itaque vel ipsa pupillorum vtilitas ius hoc extorsit, quamuis prima facie pupillorum vtilitatem impugnare videatur. Magnum enim esset pupillorum incommodum si nemo cum tutoribus contrahere vellet, nemo accedere ad emptionẽ rerũ pupillariũ nec si bona fide distraherẽtur *l. ait prætor 7. aliàs l. etsi sine §. quæsitũ D. de min.* vbi ob hãc causam Vlp. monet prætores qui quotidiè restituunt pupillos in integrum aduersus venditionem rerum pupillarium si fortè superueniat qui plus liceatur, vt circumspectè id faciant, non temerè

d. l. cùm plures 12. §. 1. D. de adm. tutor.
l. ait prætor 7. aliàs l. etsi sine §. quæsitum D. de minor.

merè nec passim. Quod & in cæteris minoribus obseruandum esse monet Paulus in *l. quod si minor* 24. §. 1. *eod. Alioqui*, inquit, *quodammodò eis commercio interdicetur*. Nec interest an tutor soluendo sit necne: quia si bona fide res gesta sit seruanda est etiamsi tutor soluendo non sit. Si verò mala fide seruanda non est nec valet alienatio, vt maximè tutor sit soluendo *d. l. cùm plures* §. 1. Vnde enim diuinare potest is qui cum tutore contrahit bona fide an tutor soluendo sit, an non? *l. 4. §. illa etiam quæstio* 23. D. *de doli mal. except. l. 4. in fin. de euict.*

l. quòd si minor 24. §. 1. eod.

l. 4. §. illa etiam quæstio D. de doli mal. exc. l. 4. in fi. De euict.

ILLATIO XV.

De tutore qui post finem tutelæ perseuerauit in officio per errorem.

DEcimoquintò ex eodem Principio fit, vt tutores qui post finem tutelæ per errorem in officio durantes rerum administrationem retinuerunt, nominum paternorum periculum quæ post pubertatem adolescentis idonea fuerunt, præstare cogendi non sint *l. tutores* 39. D. *de administr. tutor.* quia nimirum nec sine actione agere potuerunt *l. si pupilli* 6. §. *vlt. de negot. gest. l. si quid possessor* 31. §. *pen. D. de petit. hered.* nec habere actionem post pubertatem, cùm pubertate desierint esse tutores & consequenter domini rerum pupillarium. Dominum enim esse necesse est eum qui velit agere, cùm actio nihil aliud sit quàm ius persequendi in iudicio quod sibi debetur. *l. nihil aliud* 51. D. *de oblig. & action.* Nec dissimile est quod idem Papin. scribit in §. *tutores d. l. tutores*, pupillo constituto pubere si tutores litem appellationis inchoatam iussu Consulum ob notitiam rei perfecerint, non subiici eos periculo culpæ si iudicatum persecuti non fuerint, cùm neque persequi potuerint qui scilicet tutores esse desierunt.

l. tutores 39. D. de adm. tutor.

l. nihil aliud 51. de oblig. & action. d. l. tutores §. tutores.

ILLATIO XVI.

De nomine pupillari quod desiit esse idoneum post mortem pupilli.

DEcimosextò ex eodem Principio fit, vt cùm post mortem pupilli desinit esse nomen idoneũ, tutor periculo eximatur *l. cùm post mortem* 43. *in princ. eod. tit.* Cùm enim alia ratio non sit propter quam periculum nominum pupillarium ad tutorem pertineat, nisi quia sit ipse quodammodò dominus, periculum autem ad dominum spectare soleat *l. quæ fortuitis* 6. C. *de pignor. act.* cõsequens est vt sicut morte pupilli finitur tutela, ita & finiatur dominium illud quod in bonis pupilli tutor non nisi tanquam tutor habuit. Quæ etiam ratio est responsi Scæuolæ in *l. Titium* 47. §. *Lucius eod. tit. De admin. tutor.* vbi cùm proponeretur Lucium Titium pecuniam mutuam à tutore accepisse, ac rẽ hereditariam pignori ei dedisse, deinde post triennium iam puberibus his quorum tutela administrata fuerat, fisco adiudicata esse bona defuncti, quia mortẽ eius non esset vltus heres, respondit Scæuola id nomen nec à pupillo recusari posse, nec ad tutorum onus pertinere, Non quia damnum subitò emergens in re pignorata non sit tutori imputandum vt voluit Bart. (nec enim subitò emersisse damnum videri posset quod post triennium emersisset) sed quia desierat hic esse tutor cùm pupilli cœpissent esse puberes. Dices, si bona esset hæc ratio, perinde fore consequens vt fundorum etiam pupillarium periculum ad tutorem tanquam ad dominum pertineret, quod tamen non ita est. Sed

l. cùm post mortem 43. in princ. eo. tit.

l. Titium 47 §. Lucius eod. tit.

respondeo aliam esse rationem fundorum, aliam actionum. Fundorum enim periculum ideò ad tutorem pertinere non potest, quia non est in tutoris potestate vt eos alienet ad hoc vt se periculo liberet, cùm non sit tutor dominique loco vt diminuat patrimonium pupilli sed vt augeat potiùs & ex bona fide administret *l. Lucius 46. §. vlt. de admin. tutor. l. tutor 33.* D. *de furt. l. qui fundum 7. §. si tutor D. pro empt.* At actiones impunè extinguere tutor potest dummodo ita extinguat vt pro actione pecuniam pupillo acquirat, quod tunc facit cùm accipit solutionem, quia id ex pupilli vtilitate est, cuius proculdubio interest pecuniam exactam in patrimonio habere potiùs quàm actionem ad eam exigendam *l. minor 40. in pr. D. de minor.* Itaque si durante tutela nomen debitoris factum sit minùs idoneum, probè imputari potest tutori cur id non exegerit, cùm potuerit exigere tanquam dominus, & consequenter ad eum spectare debeat periculum tanquam ad dominum.

l. Lucius 46. §. vlt. de admin. tut. l. tutor 33. D. de furt. l. qui fundum 7. §. si tutor D. pro empt. l. minor 40. in princip. D. de min.

ILLATIO XVII.

De tutore qui pecuniam pupillarem suo nomine fœnerauit.

DEcimoseptimò ex eodem Principio fit, vt tutor qui pecuniam pupillarem suo nomine fœnerauit, nihil videatur fecisse contra constitutiones quæ prohibent tutori ne pecuniam pupillarem in suos vsus conuertat *l. Lucius 46. §. tutorem* D. *de admin. tut.* Nempe quia cùm tutor tanquam tutor sit dominus rerum pupillarium, nihil facit contra officii sui rationem si pecuniam pupillarem quamuis suo nomine fœneret, siquidem non eo minùs salua sunt pupillo nomina si modò sint integra & bene contracta *l. cùm quæritur 16. eod.* Nec eo minùs videtur tutor negotiũ pupillo gessisse quãuis suo nomine fœnerauerit, cùm hoc ipso quod pecuniam pupillarem fœnerauit, ostenderit se tutorio nomine agere, Quod verò sibi stipulatus est facere suo iure potuerit, tanquã qui dominus esset hoc ipso quod tutor esset. Sanè in vsus suos pecuniam pupillarẽ conuertisse dici non potest qui eam sibi fœnerauit, nec si animum sibi non pupillo gerendi negotij habuisset, quoniam qui fœnerat conuertit pecuniam in nomen, non in vsum aliquem, quandoquidem transfert eam in accipientẽ nec facit suam. Ideóque nihil potest videri facere contra constitutiones quæ prohibent ne tutor pupillarem pecuniam in suos vsus conuertat. Sed illud hîc obseruatione dignum est quod necessariæ fuerunt eæ constitutiones, non aliam scilicet ob causam, quàm quòd alioqui liceret impunè tutori id facere pro suo iure, quippe qui pecuniæ pupillaris perinde ac suæ dominus esse existimetur.

d. l. Lucius §. tutorem D. de adm. tut.

l. cùm quæritur 16. eo.

ILLATIO XVIII.

De tutore qui putans se rectè à matre datum distraxit res pupillares.

DEcimooctauò ex eodem Principio fit, vt si à matre datus testamento tutor cùm putaret se tutorem esse distraxerit bona materna & paterna pupillorum, & decesserit non soluendo, pupillum nihilominùs eas res ab emptoribus vindicare posse dicendum sit *l. Titium 47. §. à matre D. eod. tit. de admin. tutor.* quia non possunt videri alienatæ à domino quæ fuerunt venditę à non tutore. E contrario pone verum tutorem rerum & animalium pupilli venditionem fecisse, sed quædã animalia emptoribus preciũ non soluentibus retinuisse, & apud

l. Titiũ 47. §. à matre eod. tit.

& apud se habuisse, eundémque rationibus pupilli precium accepto tulisse, ex his animalibus aliquot nata esse si pupillus postea pubes factus ea vindicare velit, non erit audiendus *l. tutor rerum* 56. *D. eod.* Nempe quia verum est fuisse animalia ista vendita à vero tutore proindéque à domino, atque ita translatũ dominiũ in emptores quibus non soluentibus licuit tutori animalia quamuis vẽdita retinere, & quidem sibi, cùm alioqui periculo ipsius futurum id fuisset, si emptores precium numquam soluissent, quia imputari tutori potuisset cur cũ talibus emptoribus contraxisset. Itaque ad hunc casum non pertinet quod dici solet tutorem lucrum facere ex tutela non debere *l. qui negotiationem* 58. *in fine principij eod.* facit enim non tanquam tutor sed tanquam is qui in iustorum emptorum locum fuerit substitutus.

l. tutor rerũ 56. eod.

l. qui negotiationem 58. in fine princip. eod.

ILLATIO XIX.

De necessitate autoritatis pupillo per tutorem præstandæ.

DEcimonono ex eodem Principio fit, vt pupillus nihil possit facere sine tutoris autoritate, non magis quã alius quilibet extraneus qui nihil omnino iuris in rebus pupillaribus haberet, Et è contrario, vt tutoris sit autoritatẽ præstare, id est dicere se probare id quod agitur. Hoc enim est autorẽ fieri *l. 3. & tot. tit.* D. *de autor. tut.* Nempe quia nemini permissum est vt inuito vel ignorante domino disponat, Cùm hoc ipsum sit esse dominum, liberam rei pro arbitrio tractandæ facultatem habere *l. in re mandata* 21. C. *mandat. l. in suis* 11. *D. de liber. & posthum.* Igitur cùm tutor quantum ad prouidentiam pupillarem intelligatur dominus rerum pupillarium non pupillus, consequens est, vt nihil pupillus ex bonis suis administrare possit sine tutore, possit verò tutor omnia etiam sine pupillo.

l. 3. de autor. tutor.

ILLATIO XX.

De eo qui emit à pupillo ex autoritate tutoris tutelam non gerentis.

VIcesimò ex eodem Principio fit, vt si à pupillo plures habente tutores aliquid emerim eo tutore autore qui tutelam non gerat, id est cui administratio tutelæ concessa non sit, non magis dominus fieri possim rei pupillaris, quàm si emissem eo tutore autore qui iam à tutela remotus fuisset *l. etsi pluribus* 4. D. *de autor. tutor.* quia nimirum non tutor quilibet pro domino habetur, sed is demum qui tutelam gerit vt diximus illat. 6.

l. etsi pluribus 4. D. de autor. tutor.

ILLATIO XXI.

De tutore volente rem pupillarem emere à pupillo.

VIcesimoprimò ex eodem Principio fit, vt rem pupillarem emere tutor nõ magis possit à pupillo quàm suam propriam nec per se, nec per interpositam personam. Vtroque enim casu fieret vt idem & venditoris & emptoris officio fungeretur *l. pupillus* 5. *§. item ipse tutor* D. *eod.* vbi tamen subiungit Vlp. si tutor hic habeat contutorem cuius autoritas sufficere possit, hoc est qui & tutelam ipse administret, & solus administrare non sit prohibitus posse emere à pupillo adhibita istius contutoris autoritate, dummodò bona fide, Alioqui si mala fide emptio facta est, licèt autoritas eius contutoris intercesserit, nullius momẽti erit emptio, ita vt nec debeat prodesse ad vsucapionẽ, Nisi pupillus ætatis suæ factus comprobauerit emptionem. Tunc enim contractus valebit.

l. pupillus 5. §. item ipse tutor. eod.

Nihil autem intereſt an tutor ipſe per ſe emat an per interpoſitam perſonam, Niſi quod hoc caſu apertius eſt eum mala fide rem gerere, qui alienam perſonam adhibet, vt callidiùs & obſcuriùs ſub adminiſtratione tutelæ pupilliſque vtilitate latenter ſua commoda iuuet, quemadmodũ loquitur Thryphoninus in *l. non exiſtimo* 54. *De adm. & peric. tut.* Quid ergo ſi palàm & publicè fiat vẽditio rei pupillaris, hoc eſt autoritate iudicis interueniente vt fieri paſſim ſolet, ipſique tutori multò conſultius eſt, ne pupillus quandoque poſſit ei imputare multò pluris vendi rem potuiſſe ſi publicè diſtracta fuiſſet, An emere tutor poterit ſicut alius quilibet poſſet? Vtiq; dũ ne quid callidè fiat, & mala fide, Adeò vt nec ei noceat ſi poſteaquam emit palam dederit, nomen alterius pro ſuo, nõ per fraudem, ſed ſimpliciter vt honeſtiores ſolent non pati nomina ſua inſtrumentis publicis inſcribi *§. ſanè ſi ipſe eiuſd. leg.* Et ratio diuerſitatis inter hunc caſum & ſuperiorem illa eſt, quod cùm palã & publicè autoritate iudicis quid venditur, iudex ipſe vendere intelligitur eius nomine cuius res eſt, ob idque nihil prohibet, quominùs tutor ſit emptor, qui hoc caſu venditor non eſt. Sicut euenit tunc etiam cùm creditor pupilli diſtrahit, vt æquè poſſit tutor ab eo emere bona fide *§. ſed etſi creditor eiuſd. leg.* At cũ tutor vendit non poteſt emere, ſicut nec ipſe creditor cùm vendit iure creditoris emere pignus poteſt ſiue per ſe ſiue per interpoſitam perſonam *l. & qui ſub imagine* 10. *C. de diſtr. pignor.* Sed etſi filius tutoris vel quæ alia perſona iuri eius ſubiecta emerit, idem dicẽdum erit atque ſi ipſe emiſſet *d. l. pupillus* 5. *in fin.* facilè enim fraudis conſilium initum creditur inter perſonas domeſticas & ſuſpectas *l. data* 27. *C. de donat.*

l. non exiſtimo 54. *De admin. & peric. tutor.*

§. ſanè ſi ipſe d. l. 5 *de autor. tut.*

§. ſed etſi creditor eiuſd. leg.

l. & qui ſub imagine 10. *C. de diſtr. pignor.*

d. l. pupillus in fin.

ILLATIO XXII.

De tutore autoritatem præſtante in rem ſuam.

VIceſimoſecundò ex eodem Principio fit, vt tutor in rem ſuam pupillo autor fieri nõ poſſit *l. 1. l. quod dicimus* 7. *D. de aut. & conſenſ. tut.* nõ magis quàm cum ſeipſo contrahere & agere de ea re cuius ipſe ſit dominus, Nimirum quoties per ſemet vel per ſubiectas perſonas acquireret ſibi ſtipulationẽ. Itaque nec filio ſuo aut ſeruo contrahente cum pupillo poterit ille autor fieri, nec rurſus ſi filius ſit tutor poterit autor eſſe pupillo in rem patris non magis quàm in rem ſuam *d. l. quod dicimus* 7. *§. vlt.* quia ſicut perſona ita & res patris & filij vna eadémque eſſe creditur *l. in ſuis* 11. *De liber. & poſth. l. vlt. C. de impub. & aliis ſubſt.* iunct. *l. 1. verſ. & cùm quidam D. de autor. tutor.* Poteſt tamen tutor autoritatem ſuam accõmodare pupillo adeũti hereditatem ſui debitoris, licèt ita fiat vt pupillus debitor ſui tutoris efficiatur. Quia ratio prima autoritatis ea eſt vt pupillus heres fiat: Per conſequentias verò & vbi heres factus eſt contingit vt debitum ſubeat, quemadmodum ſubtiliter ratiocinatur Vlp. in *d. l. 1.* Attendendum autem eſt quod fit principaliter non quod per conſequentias. *d. l. quod dicimus.*

l. 1. l. quod dicimus 7. *eo. tit. De aut. tutor.*

d. l. quod dicimus §. vl.

d. l. 1. verſ. & cùm quidam eod.

ILLATIO XXIII.

De autoritate ſtatim & in ipſo negotio vel incontinenti præſtanda.

VIceſimotertiò ex eodẽ Principio fit, vt tutor ſtatim in ipſo negotio preſẽs debeat autor fieri, hoc eſt vel tunc cũ negotiũ geritur, vel ſaltẽ incontinẽti poſtquàm perfectum negotiũ eſt, vt ſupra explicauimus poſt tẽpus verò aut

per

per epiſtolam interpoſita eius autoritas nihil agat *l. obligari 9. §. tut. D. de aut. tut.* Nempe quia cùm negotiū à pupillo geſtū vires accipiat ex autoritate tutoris perinde acſi tutor ſolus id geſſiſſet, non poteſt fieri vt videatur tutor geſſiſſe negotium in quo gerendo non fuerit præſens. In eóq; minus iuris habet pupillus quàm alius quilibet diſponens etiam de re aliena. Sufficeret enim ſequi quandocunque domini ratihabitionem, vt cōtractus à non domino geſtus cōfirmaretur. Ratihabitio ſiquidem pertinet ad ea negotia quæ alius geſſit nomine ratum habentis. Atqui pupillus nihil geſſiſſe intelligitur, quia nullū negotium gerere poteſt ſine tutore, & quicquid facit ſine tutoris autoritate non tā pro malè facto quàm pro non facto habetur, cùm ea ætas ignoret etiā illa quæ videt *l. in negotijs 5. De regul. iur. l. 1. C. de falſ. monet.* Ergo quod pupillus ſine tutore geſſit ratum poſteà haberi à tutore non poteſt, ſed ex integro contractum iniri neceſſe eſt vel à tutore ſolo vel à pupillo ex tutoris autoritate. *l. obligari 9. § tutor. eod.* *l. in negotijs 5 dereg. iur.*

ILLATIO XXIV.

De tutoris autoritate præſtita non exaudiente illo, qui contrahit cum pupillo.

VIceſimoquartò ex eodem Principio fit, vt etiamſi tutoris autoritatem nō exaudiat is qui cum pupillo contrahit, & tamen ſcriptis hoc adprobetur, nihilominùs rectè negotium geratur, Veluti ſi pupillo abſenti vendam aliquid aut locem per epiſtolam, & is tutoris autoritate conſentiat *d. l. obligari §. vltim.* quia vt conſenſus ex quo æſtimanda eſt venditio & locatio interueniſſe intelligatur, ſufficit vt eodem tempore & pupillus & tutor conſenſerint, ille emendo vel conducendo, hic autoritatem præſtando. Nec eo minùs tutor domini loco habetur quod autoritatem eius non exaudiat is qui contrahit cum pupillo. At vt valeat eius autoritas nihil aliud exigitur, niſi quod domini loco habeatur: Dummodò illud etiam addas vt negotium, quod geritur intelligat. Neque enim multum intereſſet an abfuiſſet tutor cùm negotium contraheretur, an præſens ignoraſſet, quale eſſet quod contrahebatur *l. non multum 14. eod. tit.* Sicut & nulla differentia eſt an non interueniat tutoris autoritas, an perperam adhibeatur *l. 2. eod.* *d. l. obligari 9. §. vlt. de autor. tutor.* *l. non multum 14. l. 2. eod. tit.*

ILLATIO XXV.

De tutore cæco autoritatem præſtante.

VIceſimoquintò ex eodem Principio fit, vt etiamſi tutor cæcus factus ſit, autor tamen fieri poſſit *l. etiamſi 16. D. eo. tit. de autor. tut.* Quamuis enim ex quo tempore cæcus factus eſt, deponere tutelam poſſit ſi velit *l. poſt ſuſceptā 40. D. de excuſat. tut.* tamen quouſque depoſuerit tutor manet, ac proinde dominus. Illa tamen dubitandi ratio erat, quod non videretur hic poſſe tutelam adminiſtrare: ſolus autem tutor ille domini loco habeatur, qui tutelam adminiſtrat. Sed pertinet hoc ad excludendam eorum autoritatem qui vel adminiſtrandi ius nullum habent, vel cùm haberent, adminiſtrare tamen numquam cœperunt, quos omnes ſupra diximus licèt reuera tutores ſint, tamen nec tutorum nec dominorum loco habendos eſſe quod ad præſtandam autoritatē. At is qui ſemel adminiſtrare cœpit, & vel minimum ex tutela attigit, licèt poſtea *l. etiamſi 16. eod.* *l. poſt ſuſceptam 40. D. de excuſ. tutor.*

cesset administrare, non eò minùs remanet verus tutor, dummodo ius administrationis retineat, quamuis inutile ob aliquod impedimentum facti quod superuenerit. Pars tamen est administrationis eáque non minima præstare autoritatem. Potest quidem patrimonium pupilli esse ita compositum vt nihil gerere necesse sit in quo tutoris autoritas interponi debeat *l. qui tutor 28. de adm. tut.* Sed è contrario fieri nequit vt autoritas in aliquo vel minimo negotio interponatur quin hoc ipso tutela administretur.

l. qui tutor 28 D. de admin. tut.

ILLATIO XXVI.

De impubere cui tacenti autoritatem præstat tutor.

VIcesimosextò ex eodem Principio fit, vt impuberes tutore autore obligentur etiamsi taceant, puta mutuam pecuniam accipiendo si modò tutoris autoritas interponatur. Et similiter si nondebitam pecuniam acceperint, quamuis tacuerint, tamen interposita tutoris autoritas sufficiet vt condictione teneantur *l. impuberes 13. D. de autor. tutor.* Quid enim necesse est loqui pupillum cùm tutor ipse sit dominus?

l. impuberes 13. D. de aut. tutor.

ILLATIO XXVII.

De tutore actoris & rei præstante autoritatem vtrique.

VIcesimoseptimò ex eodem Principio fit, vt si & accipientis & edentis iudicium idem tutor sit, vtrique autor fieri possit adeóque vna sufficiat autoritas dummodò facta eo animo vt ad vtrumque pertineat *l. accipientis 15 eo. tit. De aut. tut.* quia cùm autoritas præstetur à tutore tanquam à domino, sicut vnus tantùm tutor est ita vnus tantùm dominus, & consequenter vna tantùm autoritas sufficere potest, licèt Marcianus referat Pomponium de hoc dubitasse. Ratio autem dubitandi erat, quia si duo isti vellent dare vnum procuratorē duntaxat, non esset eis permittendum, quoniam res expediri non potest citra adiudicationes & condemnationes *l. licèt 42. §. si plures D. de procur.* vbi manifestum est pro *circa* legēdum, *citra*. Cur ergo tutorem vnum habere potuerūt, qui non possent habere vnum procuratorem? Sed diuersitatis ratio est euidēs, quia tutor nihil nisi autoritatem præstat, quam pluribus præstari nihil impedit deinde iudicium ipsum reddi inter pupillos, & ex iis alij adiudicationem fieri, alium condemnari. At procurator saltem per contestationem fit dominus litis ita vt in ipsius non in constituentis personam concipienda sit sententia. Inde fit vt & actoris & rei procurator idem esse nullomodo possit.

l. accipientis 10. eod. tit.

l. licèt 42. §. si plures D. de procurat.

ILLATIO XXVIII.

De non cogendo tutore vt autoritatem pupillo præstet.

VIcesimooctauò ex eodem Principio fit, vt si pupillo autor fieri tutor nolit non debeat prætor eum cogere. *l. si tutor 17. eod. tit. De autor. tut.* Cùm enim ea sola ratio ius ei tribuat præstandæ autoritatis, quòd sit dominus, aut saltem domini loco, an non fuerit iniquum cogi dominum id facere quod nolit? Et verò aut expedit pupillo autoritatem præstari aut non expedit. Si nō expedit, iniquissimū sit cogi tutorē id facere quod ab vtilitatibus pupilli alienū esse videat, & propter quod futurum sit vt aliquando tutelæ iudicio teneatur. Sin expedit,

l. si tutor 17. eod. tit. De autor. tutor.

expedit, hoc vnum sufficere pipillo debet, quod tutorem suum iudicio tutelæ obligatum habet ad hanc iacturam sarciendam. Quo dilemmate Paulus vtitur in *d.l.si tutor.*

ILLATIO XXIX.

De non delegando tutore qui pupillo suo debeat, ipso autore.

VIcesimononò ex eodem Principio fit, vt quamuis pupillus debitorem suum tutore autore delegare possit, si tamen tutor ipse pupillo suo debeat, neque delegari tutor ipse possit, neque procurator aduersus eum dari tutore ipso autore, quia futurum esset, vt autoritate sua liberaretur *l. potest 18. l. vlt. eod. tit. De autor. tutor.* Iam autem suprà diximus tutorem pupillo autorem fieri in rem suam non posse, non magis quàm eiusdem rei dominum esse & non esse. Nam quatenus autoritatem præstat dominus esse intelligitur. Quatenus verò delegatur tanquam debitor pupilli, non potest videri dominus, sed potiùs creditoris sui quodammodo seruus. At vt in eodem negotio dominus & non dominus sit, vel esse intelligatur, fieri nequit, non magis quàm vt debitor & creditor. *l. potest 18. l. vlt. eod. tit.*

ILLATIO XXX.

De tutore dando ad præstandam autoritatem in iis quæ sollennitatem iuris desiderant.

TRigesimò ex eodem Principio fit, vt licèt curator etiam impuberi tutorem fortasse iam habenti dari possit, vt diximus in præcedentibus, tamen ad ea quæ sollennitatem iuris desiderant explicanda, tutore opus sit ad præstandam autoritatem *l. curatorem 19. D. eod. De autor. tutor.* Nempe quoniã actus illi sollennes & legitimi cùm per procuratorẽ expediri non possint, exigunt necessariò interuentum personæ cuiusmodi est manumissio, aditio hereditatis & alij similes de quibus in *l. actus legitimi 77. De regul. iur. l. cùm in vna 17. §. tutor D. de appellat.* Curator autem licèt domini loco sit quod ad bonorum administrationem pertinet, in eóque tutori simillimus, tamen in personã ipsam siue impuberis, siue minoris nullũ ius habet, tantũ abest, vt videri possit domin* pupilli, quomodo tutor quodãmodo est, qui pupillũ habet in potestate. Ideóq; mirũ nõ est quod scribit Modest. in *l. puberes 101. De ver. obli.* puberes sine curatoribus suis rectè obligari, cùm obligatio ex facto personæ proficiscatur. Nec est contrarium quod minor habens curatorem & pupillo & prodigo cui bonis interdictũ est æquiparetur *l. si curatorem 3. C. de in integr. restit. minor.* Id enim verè dicitur in iis tantùm quæ ad causam administrationis pertinent, vt puta si minor hic vendere aliquid velit ex iis bonis, etiam quorum alienatio alioquin ei permissa esset autore curatore. At vt se obliget ex stipulatu, vel quo alio modo qui ex bonorũ ipsius administratione non proficiscatur, extra causam administrationis est, ideóque non indiget in eam rem autoritate curatoris, vtputa si hereditatem quantumuis damnosam adire velit atque ita ex quasi contractu obligare se & creditoribus & legatariis *l. 3. §. vl. cum l. seq. D quib. ex caus. in poss. e at. l. si quis absente 5. §. heres quoque D. de oblig. & action.* Nemo enim dixerit prohiberi minorem quominùs sibi delatam hereditatem adeat sine curatoris autoritate. Si verò bona sua velit vendere, vel locare, vel permutare, aut de iis alio quolibet modo contrahere, nõ potest nisi curatore autore,

l. curatorem 19. eod.

l. actus legitimi 77. De reg. iu. l. cùm in vna 17. §. tutor. De appellat.

l. puberes 101. de ver. oblig.

l. si curatorem 3. C. de in integr. restit. minor.

quia hoc demũ casu verum est minorem, vel pro impubere, vel pro eo quem magistratus prodigum pronũciauerit habendum esse. Quę distinctio ab interpretibus nostris non obseruata magnam iis errandi occasionem prębuit in iis quæ tractari solent circa in integrum restitutionem minorum habentium curatorem.

ILLATIO XXXI.

De autoritate præstita per tutorem qui non adsignauit instrumentum.

TRigesimoprimò ex eodem Principio fit, vt contractus à pupillo initi valeant si tutoris autoritas interuenerit, licèt non adsignauerit instrumentũ *l. inter pupillos 20. ead. tit. De autor. tutor.* vbi cùm proponeretur factam paternę hereditatis diuisionem inter pupillos præsente tutore, sed non adsignante, respondit Scęuola non idcirco minùs diuisioni standum esse, quòd tutor nõ adsignasset. Nam nec subscriptio nec alia scriptura vlla necessaria est, vt valeat contractus, si modò constet ab eo initum esse qui fuerit dominus, alitérve habuerit ius contrahendi.

l. inter pupillos 20. D. de autor. tutor.

ILLATIO XXXII.

De potestate quam habet tutor abstinendi pupillum, vel immiscendi.

TRigesimosecundò ex eodem Principio fit, vt quamuis tutor non possit pupilli nomine adire hereditatem pupillo delatam, possit tamen pupillum solus abstinere aut immiscere, quia nullam iuris sollẽnitatem id desiderat, cùm pupillus siue se immisceat, siue abstineat sit heres patris ipso iure *l. 1. §. qui sunt in potestate D. si quis omis. caus. test. l. cùm quasi 30. §. sed etsi suus D. de fideic. libert.* Itaque pertinet ea res ad nudã administrationẽ bonorum pupilli, cùm bona paterna si pupillus se non abstineat sint à tutore administrãda tanquã pupillaria, si verò se abstineat hoc ipso videantur quodammodo alienata. Quam ob causam non tantùm tutori hoc permittitur, sed etiam curatori, quẽ toties diximus nõ minùs iuris habere quàm tutorẽ in iis quæ circa bonorũ administrationẽ versantur *l. pen. D. eod. De autor. tut.* vbi tractãs Scęuola de pupillo qui descendente curatore condẽnatus fuerat ex contractu patris, ponit datum ei postea curatorẽ, qui abstinuerit ipsum à bonis patris & quidẽ citra restitutionẽ in integrũ iis solis verbis prolatis apud Cæsaris procuratorẽ *Abstineo pupillum.* vbi notandum est, datum pupillo curatorem non quasi tutor quo autore se immiscuerat eum abstinere non posset (poterat enim vt constat ex *l. ex contractu 44. D. de re iud.*) sed quia finita erat tutela pubertate, vt ex eo colligi potest, quòd quẽ lex prius dixerat pupillũ subinde vocat adolescentẽ, illis verbis *quæsitum est an secundum hæc acta adolescens à bonis patris abstẽtus sit.* Priuilegiũ enim pupillaris ętatis illud est inter cętera, vt pupillus qui se immiscuit etiã tutore autore, possit se postmodũ abstinere tutore autore, vel abstineri à tutore, vel post pubertatẽ seipsũ abstinere sine curatoris autoritate si nullũ habeat curatorẽ, aut si habeat, interueniẽte curatoris autoritate, aut etiã ab ipso curatore abstineri. Nec enim inutilis est in eã rẽ autoritas curatoris, sicut esset inutilis ad hereditatẽ adeundã. Non ob id solũ quòd abstentionis actus nõ sit sollẽnis, & legi-

l. 1. §. qui sunt in potestate D. si quis omi. cau. test. l. cùm quasi 30. §. sed etsi suus de fideic. libert. l. pen. D. de autor. tutor.

l. ex contractu 44. D. de re iudic.

Cur sufficiat autoritas curatoris ad pupillũ abstinendum, nõ etiam adeundam hereditatem.

& legitimus sicut aditionis,sed etiã quia paterna bona quibus se pupillus immiscet,vel à quibus abstinet,cùm sint ei iã ipso iure acquisita sunt pupillaria,ideóque ad tutoris,vel curatoris administrationẽ pertinent,Quæ verò nũquam fuerunt acquisita,ea nõ possunt videri pupillaria,ob ídq; nec ratio vlla est cur in iis tutor,vel curator possit,aut debeat se interponere sine pupillo,vel minore.Planè si suus heres iã pubes factus se immiscuerit nõ habet beneficiũ abstinẽdi citra auxilium restitutionis *l.necessariis* 57.*D.de acq.hered.*quoniã in ea ætate iam creditur intelligere quid agat licèt nõdũ satis iudicij & cõsilij habeat vt ea omnia præuidere possit, quæ deberet. Quod in pupillo diuersum est qui quoniã cùm acquirit sibi hereditatẽ,acquirendę eius causam nõ intelligit, nec tutore autore permittẽdus esset sibi eã acquirere nisi hoc fauorabiliter ei pręstaretur *l.pupillus* 9.*eod.*Cęterùm hoc priuilegiũ quod pupillo concessum esse diximus vt post immixtionẽ etiam tutore autore factam possit & abstinere & abstineri nõ vsque adeò finitur ipsius pubertate,vt prohibeatur eo tẽpore vti suo priuilegio, quia non tam illud tempus debet inspici quo se vult abstinere quàm quo se immiscuit.Et hæc nimirum ratio est propter quam in specie *d.l. pen.De aut.tut.*etiam curator abstinet adolescentem,qui in pupillaribus annis immiscuerat se tutore autore. Non eadem distinctio adhibetur si pupillus aut minor qui se abstinuerat, subinde velit se immiscere. Semper enim eum prætor audiet,dummodò res sit integra, id est dum ne bona hereditaria iam vendita proponantur.Immò quod magis est si nõdum certus an velit abstentionem reuocare,petat tempus ad deliberandum,debet ei à prætore indulgeri *l.si quis suus* 8. *D.de iur.deliber.*Nec minùs puberi quàm impuberi, adeóq; nõ minùs maiori vigintiquinque annis quàm minori,si iuris veteris formam spectes à Iustiniano relatam in *l.vlt.C.de repud.vel abstin.hered.* Nempe quia vt solent nostri dicere vnaquæque res de facili redit ad suam naturam *l.si vnus* 27.§ *pactus ne peteret in fin.D.de pact.*Cúmque suus heres post abstentionem quoque nihilominùs heres remaneat, multò difficilius est, vt eum qui non tantùm ignorans & inuitus, sed etiam sponte per immixtionem heredis nomẽ & iura nactus fuit patiatur subinde abstinere, quàm vt post abstentionem patiatur eum se immiscere,siquidem qui post abstentionẽ vult se immiscere, petit duntaxat vt à prætore habeatur pro tali qualis est,id est pro herede ,qualis re vera est *l.cùm quasi* 30.§.*sed etsi suus D.de fideic.libert.*Qui verò post immixtionem vult abstinere,petit vt pro tali habeatur qualis re vera non est , id est pro non herede *l.si filius* 12.*D.de interrog.in iur.faciend.* Iustiniano tamen placuit corrigere hac parte ius vetus vt qui maior iam vigintiquinque annis se abstinuit, nõ nisi intra triennium mutare consilium possit & se immiscere: Qui autem in minori ætate se abstinuit,quoniam aduersus eam abstentionem restitui potest *tot.tit.C.si min.ab hered.se abstin.*habet quadriẽnium illud quod Iustinianus vice veteris illius anni vtilis substituit ad petẽdam restitutionem, & post quadriennium rursus triennium *l.vlt.C.de repud.vel abstin.hered.* vbi tamen valde impropriè Iustin.tractans de suis heredibus vtitur verbis aditionis & abdicationis quæ extraneis tantùm conueniunt,pro ea quam Iureconsulti perpetuò vocant immixtionem & abstentionem. Sanè in eo Iustinianus confirmauit ius vetus,quòd si post abstentionem venditę sint res hæreditarię, non permittitur ei qui se abstinuit vt se immisceat, quoniam scilicet id fieri non posset citra iniuriam emptorum,& consequenter prætoris cuius autorita-

l.necessariis 57.D.de ac. hered.

l.pupillus 9. eod.

d.l. pen. D. de autor.tutor.

l.si quis suus 8.D.de iur. delib.

l. vlt. C. de repud. vel abstin.here.

l.cùm quasi 30.§ sed etsi suus D. de fideic.libert.

l. si filius 12. D.de interrog. in iur. fac.

d.l. vlt. C. de repud. vel abstin. hered.

te emptores decepti essent. Hoc ipso enim reperirentur bona vendita nullo iure ac citra voluntatem eius qui non potest nunc haberi pro herede, quin per totum tempus præteritum ex mortis die talis fuisse retrofingatur. Fuerunt quippe vendita tanquam bona debitoris defuncti sine herede, quę tamen si filius post eam venditionem se immisceret, bona heredis fuisse appareret, ac proinde eiusmodi quæ non nisi ab herede, aut saltem ex eius voluntate vendi potuissent. Nulla igitur ratio est cur post abstentionem quam secuta sit, vt sequi solet venditio bonorum (quid enim aliud facere possint creditores, vbi filius abstinuit qui non habuit substitutum, nisi vt petant mitti se in possessionem bonorum, eaque distrahi curent *l. paterfamilias* 28. *De reb. autor. iudic. possid.*) liceat suo heredi se immiscere, aut ius deliberandi à prætore impetrare *d. l. si quis suus* 8. *D. de iur. delib.* Quod postremũ etiam difficilius est, quia ius deliberandi non solo prętoris edicto conceditur, sed decreto opus est, & causæ cognitione per prætorem interponenda, quia tempus ad deliberandum edicti verbis nullum certum præstitutum est *l. 1. 2. & 3. eod. tit.* Prætor autem numquam patietur derogari venditionibus se autore factis. At ius se immiscendi, vel abstinendi ex solo prætoris edicto est, neque decretum vllum requirit.

d. l si quis suus 8. D. de iur. delib.

ILLATIO XXXIII.

De vtili actione regulariter non acquirenda pupillo per tutorem.

TRigesimotertiò ex eodem Principio fit, vt nec per tutorẽ actio vtilis pupillo regulariter acquiratur, id est nisi ex certis causis, vt loquuntur Impp. in *l. vlt. C. quand. ex fact. tutor.* Præposterum enim est, vt acquiratur nobis actio per eum in cuius potestate sumus & qui ipse sit dominus, cùm è contrario per seruos aut filiosfamilias dominis aut patribus acquiratur *tit. Per quas person. oblig. nob. acquir. l. placet* 79. *D. de acquir. hered.* Itaque si tutor nomine pupilli pignus dederit vel acceperit, pignoratitiam actionem soluto posteà debito neq; exercebit, neque excipiet pupillus, sed tutor *l. solutum* 11. *§. penult. D. de pignor. act.* vbi alia etiam huius sententiæ ratio redditur quòd per liberam personam nihil præter possessionem acquiri nobis possit *l. 1. C. per quas person. nob. acq. l. 1. & l. per procuratorem* 8. *C. de aquir. poss.* Certi tamen casus sunt, in quibus vtilis actio ex contractu tutoris acquiri pupillo potest, Vtputa si tutor fuerit stipulatus ipsi pupillo solui. Hoc enim vtilitatis causa receptum est *l. eum qui* 5. *§. penult. D. de const. pecun.* ad vitandum scilicet illum cercuitum actionum cedẽdarum, quem alioqui necesse esset induci, cùm non posset recusare tutor, quominùs actionem quam sibi ex propria stipulatione quæsiisset pupilli negotia gerens, pupillo præstaret, vt accidit & in alio quolibet aliena negotia administrante *l. possessio* 49. *§. vlt. D. de acquir. possess.* iunct. *l. dominus* 53. *D. de condict. indeb. l. in creditore* 38. *D. de euict. l. quod debetur* 51. *in fin. D. de pecul.* Alius casus est, si tutor pecuniam pupillarem crediderit eámque sibi reddi stipulatus sit, Nam & hoc casu actio vtilis pupillo acquiritur *l. 2. C. quand. ex fact. tut.* Itémque si tutor pupillarem fundum quamuis suo nomine locauerit *l. si hi qui* 4. *eod.* Nempe quia his casibus ex re pupilli proficiscitur obligatio, Atqui etiam per procuratorem acquiritur nobis actio si procurator ex re nostra dummodo non refragante mandato aliquid stipuletur vel aliter acquirat

l. vlt. C. quand. ex fact. tutor.

l. solutum 11. §. pen. D. de pignor. act.

l. eum qui 5. §. pen. D. de const. pecun.

l. 1. C. quan. ex fact. tut. l. si hi qui 4. eod.

d. l. 2.

d.l.2.C.per quas person.nob.acquir.l.quod procurator 68.D.de procurat. Quantò magis igitur per tutorem? Multò enim maior coniunctio est inter tutorem & pupillum, quàm inter dominum & procuratorem, longéque plus iuris habet tutor, vt possit acquirere pupillo, quàm procurator vt possit acquirere domino. Idque etiam est quod Vlpianus scribit in *l.2.D.quand.ex fact. tutor.* Si tutor vel curator pecunia eius cuius negotia administrat mutua data ipse stipulatus fuerit, vel prædia in nomen suum emerit, vtilem actionem dari ei cuius pecunia fuit, siue pupillus ille sit, siue adultus, ad rem vindicandam, vel ad mutuam pecuniam exigendam. Quibus verbis ostendit manifestè, neque tutorē à curatore in hoc differre, neque pupillum ab adulto, quia vt iam sæpius monuimus in iis, quæ ad causam administrationis pertinent, parum aut nihil distat curator à tutore. In quo errare vulgo nostros video, qui priuilegium hoc pupilli esse putant, vt rem ex nummis suis emptam ab alio quamuis proprio ementis nomine, possit tamen quasi suam vindicare. Quam sententiam falsam esse ex eo quoque intelligimus quod pupilli priuilegiū est, vt hoc casu habeat tacitam hypothecam *l.idémque 7.D.qui potior.in pign.hab. l.3.in princip. D.de reb.eor.qui sub tutel.vel cur.sunt.* quod vtique constitui non potuisset si rei dominium ei acquireretur, cùm nemo in re propria ius pignoris habere possit *l.neque pignus 45.De regul.iur.* Fateor non idem priuilegium minori datum esse, vt ex eius nummis empta res sit ei obligata. Nam de pupillo duntaxat supradicti loci loquuntur. Sed tamen si curator minoris ille sit, qui ex eiusdem minoris pecunia quid emisse proponatur, dico non minùs iuris habere minorem quàm pupillum, vt electio ei danda sit vtrum malit in emptione sibi gestum esse negotium à curatore, an potiùs pecuniam in curatoris vsus conuersam ab eo cum legitimis vsuris recipere *d.l.3.C.arbitr.tutel.* Nam prout ipse elegerit, debet iudex qui de tutela, vel cura cognoscit partes suas exhibere vt ait *d.l.3.* atque ita nihil interest tutoris, aut curatoris an pupillus, vel adultus agat contra se tutelæ, vel curæ iudicio, an vtili rei vindicatione, tametsi sit soluendo, cùm necesse sit omnimodo præstari ab eo indemnitatem, possitque tutori & curatori obiici cur pupilli, vel minoris pecuniam contra constitutiones in suos vsus conuerterint *l.Lucius 46.§.tutorem D.de admin.tutor.* quod non similiter aliis obiici potest, quibus licèt posset imputari cur pecuniam pupillarem subripuissent, non æquè tamen cur ex ea fundum, aut quid aliud sibi proprio nomine comparassent, cùm id quod ex pecunia furtiua, vel aliena cōparatur nō magis furtiuum vel alienum sit, quàm furtiuus est nummus, qui ex rei furtiuę venditione redigitur *l.qui vas 48.§.vlt.D.de furt.l.qui aliena 8.C.si quis alter.vel sib.* Igitur extra hūc casum, id est si nec tutor, nec curator sit is qui ex pupilli, vel minoris pecunia rem aliquam comparat, aut si tutor quidem vel curator sit, sed pecuniam suam esse putet, aliquáve ratione adiuuetur ne possit dici pecuniam minoris sui aduersus constitutiones in suos vsus fœnerasse, nō erit dāda pupillo vel minori vtilis rei emptæ vindicatio nec si soluendo nō sit ille qui in causam emptionis pecuniam istam conuertit. Sed etsi tutor, vel curator cui emptionis tempore potuit imputari cur pecuniam in suos vsus conuerterit, eam rem alij vendiderit ementi bona fide, non facilè puto permittendum pupillo, vel minori, vt vindicare rem possit, nec vt quam electionem esset habiturus contra tutorem, vel curatorem possidentem, eandem exerceat contra bonæ fidei emptorem, cui nihil potest imputari, & quem negari non potest

l. 2. C. per quas person. nob.acquir. l. quod procurator 68. D.de procu. l.2. D. quā. ex fact. tut.

l. idémque 7.D.qui potior. in pign. hab. l. 3. in princ. D. de reb. eor.qui sub.tutel.

l.3.C. arbit. tutel.

l.Lucius 46. §.tutorē D. de admin. tutor.

l. qui vas 48.§.vlt.D. de furt.l.qui aliena 8. C. si quis alter. vel sib.

à vero domino emisse:quandoquidem, si tutor vel curator qui sibi emit non esset factus verus dominus, danda esset pupillo, vel minori directa rei vindicatio,quam tamen apertissimè Vlpian.denegat, cùm vtilem tantùm concedit. Tunc ergo duntaxat audiendus erit pupillus aut minor cùm probabit tutorem suum vel curatorem soluendo non esse,nec aliter se indemnem præstari posse quàm si eam habeat vtilem rei vindicationem: Præsertim cùm eligere prius debeat vtrum in rem agere malit,an in personam, nec proinde possit videri alienam rem comparasse qui ante factam electionem bona fide à tutore, vel curatore comparauit: Vt taceam electionem illam pupillo minorive indulgeri cùm tutelæ, vel curæ actionem instituit, *dicta lege 3.C. arbitr.tutel.* ex quo potest capi coniectura electionem hanc aduersus tutorem, vel curatorem duntaxat dari contra quos ea actio potest institui,non etiam contra extraneum eundémque bonæ fidei emptorem qui cum pupillo vel adulto neque contraxit,neque quasi contraxit,sed cum tutore,vel curatore tanquam proprio nomine rem suam agente. Quod à nobis non satis benè explicatum est *lib.5.Coniect.cap.9.*

d.l.3.C. arbitr.tutel.

ILLATIO XXXIV.

De constituendo actore periculo curatoris in quibusdam casibus.

TRigesimoquartò ex hoc Principio petenda est ratio dubitandi ad id quod dici solet decreto prætoris constitui plerumque actorem periculo tutoris quoties aut diffusa negotia sunt,& per diuersas fortè prouincias dispersa,aut dignitas,vel ætas,aut tutoris valetudo id postulat.Sed & multò magis si nondum fari pupillus possit aut absens sit,vt procuratorē constituere nequeat (Tunc enim necessariò actor constituendus est, nec magna causæ cognitio in eo versatur an facere prætor debeat quod facere necesse est) *l.decreto 24.in princip.D.de admin.tutor.l.tutor.6.D.quand.ex fact.tut.* Nam si verū est,vt est,quod Principium nostrum habet,Tutorem qui tutelam gerit domini loco habendū esse quantū ad prouidentiā pupillarē,quid necesse est interponi hac in re decretum prætoris? Aut cur non potest tutor autoritate propria constituere actorē,vel procuratorē periculo suo? Quandoquidē & qui ab eo constituitur interposito decreto prætoris periculo ipsius tutoris est quippe qui à tutore non à pretore eligatur.Sed ratio interponendi decreti illa est,quia nō fuit permittēdū tutori vt pro arbitrio suo actorē daret,ne tum quidē cùm iusta dandi causa esset,quia nō in id dātur tutores vt per aliū tutelā administrent,sed vt per seipsos,cùm eorū nō modò fides,sed etiā industria & diligentia, siue à testatore, siue à magistratu electa sit,Prǽsertim cū actor nō dicatur ille qui alieno nomine & tāquā procurator aliquid agit,sed qui proprio quodā suo iure rē tractat, quod actoris personā & nomen gerat quasi subsidiarius tutor aut curator.Proximè namque ad tutoris & curatoris officium accedit officium actoris, licèt reuera,neque tutor sit,neque curator,quem & tutelæ adiutorem vocat Pōponius in *l.solet 13.§.1.D.de tutel.*iunct.*§.vl.infr.de cur.l.neque tutores 11.C.de procurat.*vbi tamē additur posse etiā tutores & curatores post litē cōtestatā cōstituere procuratorē,sicut possunt cęteri omnes qui alieno nomine litē cōtestati sunt, tanquā qui per cōtestationē domini sint effecti. Vt intelligamus tutores & curatores quāuis dominorū vice sint iā inde ab eo tēpore quo nōdū litē cōtestati

l.decreto 24. D.de admi. tutor.l.tutor 6.D.quand. ex fact. tut.

l.solet 13.§.1. D.de tutel. §.vlt. infr. de curat. l. neque tutores 11. C. de procurat.

testati sunt, magis tamen dominós fieri per contestationẽ, quippe qui soli domini sint litis, quę per eorũ contestationẽ fuerit cõstituta, & cuius numquam potuit dominus esse pupillus, vel minor qui numquam ipse cõtestatus est cùm nec lis fuerit ante contestationẽ *l. sed etsi lege* 25. §. *si ante* D. *de pet. her. l. amplius* 15. *D. rat. rem haber.* At extra causam cõtestationis pupillus, minórq; dominus est bonorum suorũ, tutor verò vel curator domini vice & quodãmodo dominus. Mirum igitur non est minus iuris habere tutorẽ, vel curatorẽ ante contestationem, quo tempore non est solus dominus purè & absolutè bonorũ pupillarium, quàm post contestationẽ, quo tempore nullum alium litis dominũ aut condominum agnoscit. Quod autem diximus parum distare actorẽ à tutore, ex illo etiam intelligimus, quod scribit Papin. in *d. l. tutor. 6. D. quan. ex fact. tut.* Si tutor decreto prætoris interposito reliquerit in ciuitate actorem secundum quem postea sententia dicta sit, iudicati actionem transferri ad pupillũ, non minùs quàm si tutor obtinuisset. Iã enim suprà diximus illat. 9. & pupillo & in pupillum dandam esse iudicati actionem ex ea sententia quę lata sit pro pupillo, vel contra pupillum, in persona tutoris. Quò etiam pertinet quod idem Papin. respondit in *l. post mortem* 5. *eod tit. quand. ex fact. tutor.* post mortem furiosi non dari in curatorem qui negotia gessit iudicati actionẽ, non magis quàm in tutores, scilicet post finitam tutelam, vt bona sit comparatio tutorum & curatorum furiosi. Dices, Ex eo potiùs esse inferendũ, Durante igitur tutela vel curatione posse agi ex iudicato tã in tutores quàm in curatores furiosi. Fateor sed tanquam contra tutores & curatores, non autem proprio ipsorum nomine, si modò nullam ex consensu post dépositum officium nouationem factam & in curatorem, vel tutorẽ obligationem translatam esse constabit, vt sequitur apud Papinianum, & bene, nec quicquam causæ est cur aliquam verborũm traiectionem hîc obseruemus, quam commentus est Iacob. Cuiac. *lib. 20. obser. cap. 39.*

Plus iuris habet tutor, vel curator post litis contestationem, quàm ante.

d. l. tutor 6. D. quan. ex fact. tutor.

l. post mortẽ 5. eod. tit.

ILLATIO XXXV.

De eo qui pro tutore negotia gerens vendidit rem pupillarem.

TRigesimoquintò ex eodem Principio fit, vt si is qui pro tutore negotia gerebat cùm verè tutor non esset rem pupilli vendiderit nec ea vsucapta sit (etsi enim res pupillaris vsucapi regulariter non potest *l. bonæ fidei* 48. *D. de acquir. rer. domin. l. si communem* 10. *quemadm. seruit. amitt.* eo tamen casu quo verus tutor rem pupillarem vendendo alienaret, si vendat is qui tutor non est bonæ fidei emptori, transfert in eum saltem vsucapiendi condicionem) pupillus habeat ius eam vindicandi tanquam suam, tametsi cautum ei sit, existente soluendo eo qui quasi tutor vendidit, aut idoneis ab eo datis fideiussoribus : Non enim eadem huius quæ tutoris est pupilli rerum administratio inquit Celsus in *l. 2. D. de eo qui pro tutor. vel curat. negot. ger.* id est quia non habet hic dominium rerum pupillarium quod habet tutor, vt res pupilli alienare possit. Placet autem valde quod Baldus notat, ei legi locum esse, etiamsi decreto prætoris interueniente facta sit venditio. Nec enim decreti autoritas illa est quæ transfert dominium rei pupillaris, sed traditio ab eo facta qui habuerit ius transferendi, quia nec aliud facit prętor cùm decretum suum interponit, nisi vt vendere possit is qui alioquin habuit ius vendendi. Nihilne igitur proderit interuenisse decretum? Nihil prorsus, quod

l. bonæ fidei 48. de acq. rer. domin. l. si communẽ 10. quẽadm. seruit. amitt.

l. 2. D. de eo qui pro tut. vel curat.

ad dominij translationem attinet. Sed proderit tamen quod ad præstandam emptori causam vsucapiendi, siquidem fieri non potest vt bonæ fidei emptor non sit, qui prætore autore comparauit *l. iustè possidet* 11. *D. de acquir. poss. l. qui autore* 137. *De regul. iur.*

l. iustè possidet 11. D. de acq. poss. l. qui autore 137. de reg. iur.

ILLATIO XXXVI.

De prohibita per orationem Seueri alienatione rerum minoris.

TRigesimosextò ex eodem Principio fit, vt necessaria fuerit oratio Seueri & autoritas senatusconsulti quod ad eam factum est De rebus eorũ qui sub tutela, vel cura sunt sine decreto non alienandis, ad impediendũ ne tutor posset pro arbitrio res pupilli alienare, necsi animũ spoliandi pupilli nõ haberet, sed iusta & necessaria vẽditionis aut alterius alienationis causa subesset. Visa enim digna res est quã prætor suæ cognitioni reseruare deberet, nõ passim arbitrio tutoris permittere quantumuis idonei aut fideiussores idoneos habẽtis, quòd intersit pupilli res ipsius quas à patre aliisve maioribus suis aut aliunde acceperit ei saluas & integras conseruari, potiùs quàm pati damnum, & agere posteà, vt indemnitatem consequatur *l. 1. & tot. tit. D. de reb. eor. qui sub tutel. vel cur. sunt l. 1. & tot. tit. C. de præd. minor.* De quo dicemus in sequentibus suo loco.

l. 1. & tot. ti. De reb. eor. qui sub tutel. & De præd. minor. C.

ILLATIO XXXVII.

De seruo pupilli herede instituto.

TRigesimoseptimò ex eodem Principio fit, vt herede instituto seruo pupilli possit & debeat tutor ipse non pupillus ei iubere vt adeat *l. si per epistolam* 50. *D. de acquir. hered.* quia non nisi præcedente domini iussu & voluntate adire potest *l. qui seruum* 47. *eod.* Ideóque moriente post iussum & ante aditionem hereditatis tutore non potest seruus adire tanquam mortuo domino, vt in iisdem ligibus scriptum est.

l. si per epistolam 50. l. qui seruũ 47. D. de ac. hered.

PRINCIPIVM VII.

De diligentia per tutores in rebus pupillaribus adhibenda.

A Tutoribus & curatoribus pupillorum & adultorum eadem diligentia adhibenda est circa rerum pupillarium vel minorum administrationem quam paterfamilias rebus suis ex bona fide præbere debet *l. à tutoribus* 33. *in princip. D. de admin. tutor.* Ratio huius Principij pendet ex Principio præcedẽte: Nempe quòd tutor qui tutelam gerit domini loco haberi debeat quantum ad prouidentiam pupillarem. Sic enim id accipiendum est, vt non tãtùm domini, verùm etiam diligentis domini loco haberi debeat, Eandem igitur diligentiam præstare debet non quam ipse rebus suis pręstare solitus sit, sed quam diligentissimus quilibet paterfamilias rebus suis præstaret, Ita tamẽ ne quam aduersus alium iniuriam cõminiscatur, quod facere plerique solent, qui putãt diligentem patremfamilias esse neminem posse, qui non sit etiam rapax. Id enim significant verba illa *ex bona fide* cùm alioqui certum sit neminẽ sibi bonam fidẽ præstare debere, sed alij. Facit *l. patronus* 8. *cum seq. D. hoc tit. De tutel.*

l. à tutoribus 33. in prin. D. de admin. tut.

l. patronus 8. cum seq. D. de tutel.

ILLATIO I.

De pupillo benè defendendo.

EX hoc Principio illud primùm fit, vt generaliter quotiescumque non fit nomine pupilli quod quiuis idoneus paterfamilias faceret, nõ videatur defendi, nec bene tutela administrari, siue iudicium, siue solutionem, siue stipulationem detrectet *l. generaliter* 10. D. *eod.* Præcipuum enim tutoris officium est ne pupillum indefensum relinquat *l. tutoris* 30. *eod. l. sancimus* 28. C. *eod.* *l. generaliter 10. D. de admin. tut. l. tutoris 30. eod. l. sancimus 28. C. eod.*

ILLATIO II.

De comparandis prædijs ex pecunia pupilli ociosa.

SEcundò ex eodem Principio fit, vt si in patrimonio pupilli sit aliqua pecunia ociosa debeat tutor curare vt in comparationem prædiorum deponatur ad augendum patrimonium pupilli, quoniam id faceret diligens quilibet paterfamilias ad proprium patrimonium augendum. *l. 3. §. cæteri D. eo.* Nimirũ si ea summa corradi & colligi ex tutela possit ex qua comparari ager queat. Si enim tam exigua sit tutela vt ex nummo refecto prædium puero cõparari non possit, depositio cessat. Quęnam ergo quantitas depositionis faciendæ necessitatem inducet? Et cùm causa depositionis exprimatur, nimirum vt prædia pupillis comparentur manifestum est ad minimas summas id non pertinere, quibus generaliter præfiniri certus modus non potest, sed per singulos casus causa cognita id examinari debet, vt Vlpian. tractat in *l. ita autem* 5. D. *eod.* vbi tamen subiungitur, si duo sint tutores quorum vnus solus administret, qui ex aliqua causa suspectus esse incipiat, posse & debere contutorem honorarium postulare vt deponatur etiam ea summa quæ sit minor, quàm vt sufficere queat comparationi prædiorum: Ne alioqui subeat periculum malæ administrationis si suspectus contutor eam pecuniam malè profundat. *L. 3 §. cæteri D. eod. de admin. tut. l. ita autem 5. eod.*

ILLATIO III.

De admonendo pubere vt sibi petat curatorem.

TErtiò ex eodem Principio fit, vt si tutor pupillum suum puberem factum non admonuerit vt sibi petat curatorem, tutelæ iudicio teneatur hoc nomine, quamuis ea culpa non nisi post pubertatem admittatur, tutela verò pubertate finiatur: Hoc enim officio tutelæ connexum est, quia pendet ex bona fide quam pupillo suo præstare tutor debet, cùm videat eum quamuis puberẽ factum non eo magis tamen esse capacem rei suæ bene per se gerendæ *l. vl.* D. *de cond. & dem.* Nec suæ aut perfectæ aut legitimæ ætatis ideò quisquam esse creditur ante completum vicesimumquintum annum *l. vlt. C. de his qui ven. ætat. impetr.* Et ob hanc causam bene sacris constitutionibus prouisum est vt tutor iubeatur monere pupillum suum factum puberem vt sibi petat curatorẽ *d. l. ita autẽ 5. §. si tutor.* D. *de adm. tut.* Ante quas constitutiones aliud proculdubio iuris erat, quia licèt iam tunc haberet locũ ea ipsa ratio & æquitas quæ dedit causam constitutionibus, non tamen poterat imputari tutori cùr finita iam tutela non fecisset id quod vt faceret nondum iussus erat. Post constitutiones in culpa est tutor, qui non facit quod facere iubetur, eáque culpa etiam tutelæ *l. vlt. D. de condic. & demonstr. l. vlt. C. de his qui ven. ætat. impet. d. l. ita autem § si tut. D. de adm. tutor.*

iudicio vindicatur, quoniam hodie officium hoc admonitionis huiusmodi officio tutelæ connexum est. Solet autem tutelæ actio etiam ad ea pertinere quæ post pubertatem geruntur, si quid habeant connexum cum tutelæ administratione *l. tutor* 11. *C. arbitr. tut.* id est non solùm si tale sit sine quo tutelæ administratio expediri non posset vt explicat Vlp. in *l. si tutor* 13. *D. de tutel. & ration. distrah.* Sed & si tempore connexa sit administratio, id est si tutor etiam post pubertatem ita perseuerauerit in tutela, vt nullo vnquam vel minimo tempore intermiserit administrationem, (quo casu administratio ipsa connexa est, licèt non sit rei cõnexæ,) Et tutor solo tutelæ iudicio tenetur vt rationẽ administrationis reddat: qui posterior casus magis conuenit verbis *d. l. tutor.* Id enim est quod dicimus, Officium tutorum non nisi curatoribus cõstitutis finem accipere *d. l. à tutoribus* 37. §. 1. D. *de admin. tutor.* Cæterùm si post pubertatem aliquo tempore licèt breuissimo tutor intermiserit administrationem, deinde cœperit gerere, sine vlla dubitatione tam tutelæ quàm negotiorum gestorum cum eo agendum est *l. si post pubertatem* 14. *de tutel. & ration. distr.* in eóque stat priuilegium connexitatis causæ, quod quamuis tempus administrationis non sit connexum, si tamen causa sit connexa intermissio temporis non impedit quominùs tutelæ iudicium ad hoc quoque porrigatur, in quo potentior est connexitas causæ quàm temporis ad prorogandum vltra pubertatem officiũ tutelæ. Sicque intelligendus est supradictus Vlpiani locus alioqui nihil interesset an tempore an causa connexum esset negotium, quod tutor gessisset post pubertatem. Sic & in actione negotiorum gestorum euenit vt ob connexitatem porrigatur interdum ad ea negotia ad quæ alioqui non porrigeretur, vt si quis cùm adhuc in seruitute esset aliena negotia gesserit, & postea manumissus eadẽ negotia gerere perseuerauerit. Etsi enim ex eo quod in seruitute gessit post manumissionem conueniri non potest, tanquam alius & nouus homo effectus, si tamen ratio eius quod in seruitute gestum est separari non possit ab eo quod in libertate gestum fuit, constat id quoque quod in seruitute gestum est venire in negotiorum gestorum actionem *l. eum actum* 17. D. *de negot. gest. l. si cognati* 21. *C. eod.*

l. tutor 11. *C. arbitr. tut. l. si tutor* 13. *D de tutel. & rat. distr.*

d. l. à tutoribus 33. §. 1. *D. de adm. tutor. l. si post pubertatem* 14. *De tut. & rat. distr.*

d. l. si tutor 13. *D. de tut. & ration. distr.*

l. eum actũ 17. *D. de negot. gest. l. si cognati* 21. *C. eod.*

ILLATIO IV.

De cœpta lite per curatores etiam post vicesimumquintum annum peragenda.

QVartò ex eodem Principio fit, vt post completum vicesimumquintum annum ætatis si nondum rationes redditæ sint, nec instrumenta ad causã pertinentia fidei ac verecundiæ curatorum conueniat vt consilio suo cœptam litem perficiant *d. l. ita autem* 5. §. *post completum.* Etsi enim curatores post cã ætatem esse desinunt sicut & tutores post pubertatem, non esset tamen ex bona fide litem eam deserere quæ ipsorum consilio cœpta esset aut suscepta. Qui etiam sensus est *l. vnic. C. vt caus. post pubert. ads. tut.* vbi scriptum est tutores, qui nondum administrationem ad curatores transtulerunt, defensioni causarũ pupillarium adsistere oportere. Nec enim diligens paterfamilias crederetur qui bonam litem cum prudentis alicuius consilio institutam desereret moriq; pateretur, aut aliter eam vitio suo perderet. *l. si fundo* 53. §. 1. *l. si ideo* 55. D. *de euict. l. Stichum aut Pamphilum* 95. §. *pen.* D. *de solut.* Ergo, si vel tutores vel curatores cessauerint in faciendis his quæ cõstituta sunt, id est quæ ab iis fieri debere cõstitu-

d. l. ita autẽ 5. §. *post completum D. de adm. tut. l. vnic. C. vt caus. post puber. ads. tut. l. si fundo* 53. §. 1. *l. si ideo* 55. *D. de euict. l. Stichum* 95. §. *pen. de solut.*

ſtitutum eſt, iudicio tutelæ vel curæ tenebuntur, ſi modò nondum actum ſit ea actione. Sed ſi actum iam eſſet, quia conſumpta reperiretur actio hoc ipſo quod in iudicium deducta eſſet, cùm per litis conteſtationem ac multò magis per ſententiam fiat nouatio non tantùm actionis, ſed etiam contractus *l. delegare* 11. §. 1. D. *de nouat. l. vlt. C. de vſur. rei iudic.* recurrendum eſſet ad actionem negotiorum geſtorum ſi tamen huius rei ratio reddita non eſſet. Eáque ſententia eſt *d. §. poſt completum in fin.* Cui non obſtat immò conuenit quod ſcriptum eſt in *l. tutor* 27. *De appell.* Si tutor in negotio pupilli prouocauerit, vel curator in negotio adulti, heredem eius ita demum appellationem perſequi debere, ſi nondum reddiderit rationes. Poſt redditas enim rationes, inquit lex, nec ipſe tutor nec curator appellationis merita probare cogitur. Nam & ob hoc ipſum addidimus cum Vlpiano *ſi nondum rationes redditæ ſint nec inſtrumenta ad cauſam pertinentia*, quia redditis rationibus & inſtrumentis nulla ſubeſſet cauſa propter quam tutor vel curator etiam à ſe cœptam litem perſequi deberet, ſed vel ad curatoris officium id pertineret ſi poneremus cœptam litẽ à tutore, vel iuuenis ipſe litem perſequi cogeretur, ſi poneres cœptam à curatore *l. negotiorum* 24. §. 1. *eod. tit. De appellat.* in cuius tamen fine legendum eſt, *ipſummet litem ad ſe pertinentem exequi debere.* Nõ redditis autem rationibus, vel ponimus iam actum eſſe tutelæ aut negotiorum geſtorum, vel nondum eſſe actum: ſi actum fuit conſumpta iã eſt ea actio neque amplius exerceri poteſt vt iam diximus, quia tutelæ ſæpius agi non poteſt cùm vna tantũ ſit actio, nec ideò tamen conſumitur officium tutoris vel curatoris quin teneri debeat, ſi quid prætermiſerit eorum, quę poſt finitam tutelam curámve facere debuit. Itaque tenebitur actione negotiorũ geſtorum quæ ſicuti neceſſaria eſt, ita ſufficit. Si verò nondum actum ſit tutelæ vel curæ nomine nihil eſt neceſſe recurrere ad actionem negotiorum geſtorum, cùm ipſa tutelæ actio ſuperſit quæ in eam rem non tantùm accommodata ſed etiam comparata eſt.

l. delegare 11. §. 1. D. de nouat. l. vlt. C. de vſur. rei iudic.

l. tutor 27. D. *de appel.*

l. negotiorũ 24. §. 1. eod. tit. De app.

ILLATIO V.

De tutoribus rationem exigere prohibitis à patre.

QVintò ex eodem Principio fit, vt ſi teſtator qui liberis ſuis tutores dedit eos ἀνεκλογίςους eſſe præceperit, id eſt rationẽ aliquam ab iis exigi prohibuerit, non eo minùs condemnari debeant, ſi bonam fidem in adminiſtratione non præſtiterint, nec eo nomine quicquam ex cauſa fideicommiſſi præſtare debere *d. l. ita autem §. Iulianus aliàs l. quidam eod. De adm. & peric. tutor.* vbi ratio perelegans redditur, quia nemo ius publicum remittere poteſt huiuſmodi cautionibus, nec mutare formam antiquitus conſtitutam. Eſt enim ius tutelæ ex legibus & conſequenter ex iure publico cùm leges ſint iuris publici, legibus verò inductæ ſunt tutelæ propter publicam vtilitatem, ad quam pertinet vt pupillorum commodis proſpiciatur dato iis tutore, qui eorum res ac negotia diligenter & ex bona fide adminiſtret: cui legum propoſito nihil tam contrarium eſt quàm vt liceat tutori etiam ex voluntate teſtatoris malè verſari & dolo malo in re pupilli. Quàm ob cauſam generaliter placuit dolum futurum nulla pactione remitti poſſe, quaſi futura eſſet ea pactio contra bonos mores quæ ſcilicet ad delinquendum inuitaret *lege ſi vnus 27. §. illud nulla D. de pact. l. in commodato 17. in principio, D. commod. l. 1. §. illud non probabis* D. *depoſit. l. contractus 23. De regulis iuris.* Ideo

d. l. ita autem § Iulianus aliàs l. quidam decedens D. *de adm. tut.*

autem loquimur de dolo futuro, quia dolus præteritus remitti proculdubio potest, quamuis non facilè remissus esse intelligatur, nec si remissionis & liberationis verba generalia proponãtur *l.si quis rationes 9.l. Aurelio 20.§. Caius D. de liber.legat.l.cùm tale 72.§.Titius versic.quid ergo D.de cond.& dem.* Nullánc igitur ratio superit faciendi, vt tutor qui malè tutelam administrauit, nullum ex ea damnum sentire possit? Immò illa si damnum quodcumque ex tutela quis senserit ei legetur vel per fideicommissum relinquatur *d.§.Iulianus in fin.* Etsi enim ei qui rationem reddere vetitus est liberatio eius quod ex tutela percepit aut dolo malo contraxit relicta non intelligitur, *l.qui plures 41.eo.tit.* sed tantùm à scrupulosa inquisitione *l.si seruus vetitus 109.de legat.1.* plenius tamẽ est legatum damni quodcumque ex tutela, id est per occasionem tutelæ quis senserit, cùm negari non possit, quin iis verbis illud quoque damnum cõtineatur, quod doli præteriti ratione in condẽnationem tutelæ venire debuit. Nec in eo quicquam fit contra bonos mores, non ob id solùm quod legati effectus ad præteritum duntaxat non ad futurum dolum pertinet, præteritus autem dolus remitti, vt diximus, potest, Sed etiam, quia nulla hîc doli mentio fit, nec nisi vi ipsa continetur hoc fideicommisso, ne dolus præstetur, quemadmodum si cum depositario cõuenerit ne depositi teneatur, valet pactio, licèt effectu ipso nihil aliud sit pacisci ne agatur depositi quàm ne agatur de dolo *d.l.si vnus 27.§.illud nulla De pact.* Nimirum hîc euenit quod & aliàs plerunque, vt non expressa non noceant quæ expressa nocerent *l.seruo 47.l nonnunquam 52. De cond dict.& demonstr.l.expressa 195.De regul.iur.*

d. §. Iulianus in fin.

l.qui plures 41.eod.tit.

l. si seruus vetitus109. de legat.1.

l.si vnus27. §. illud nulla de pact.

ILLATIO VI.

De tutore quem pater iusserit gerere tutelam filij ex consilio matris.

SExtò ex eodem Principio fit, vt quamuis pater tutelam filiorum ex cõsilio matris geri mandauerit, eóque nomine tutores liberauerit, hoc est prohibuerit ne quid ex tutelæ causa exigi ab iis posset ob id solùm quòd matris consilium secuti essent si quid fortè damni ex eo pupilli sensissent, nõ ideò minùs integrum sit officium tutorum, vt pro arbitrio possint facere in re pupillorum omnia quæ alioqui diligentissimus quilibet paterfamilias facere deberet. Cùm implicet contradictionem vt quis & tutor sit, & ea facere non debeat, quæ diligentissimus quisque in re sua facturus esset *d.l.ita autem 5.§.Papinianus.* Id enim est quod ibi Vlp.ex Papiniano scribit, neque liberationẽ tutoris, neque voluntatem patris, neque matris intercessionem, officium tutoris infringere. Sanè viris bonis conueniet vt salubre matris consiliũ admittant, vt quãtum fieri potest, salua iuris autoritate saluóque tutorum officio voluntati patris pareatur, quemadmodum subiicitur in eadem lege. An ergo impunè licebit tutoribus patris præceptum negligere si fortè aliud sit consilium matris, quàm quod diligentis patrisfamilias prouidentia suggerat exequendum? Licebit vtique perinde acsi pater caueret ne quid ex bonis suis distraheretur, vel ne mancipia néve vestes, aut domus, aut aliæ res periculo subiectæ venderentur. Quidni liceat eis contemnere hanc patris voluntatem, cui non aliter parêre possent quàm si tutorum officium quod sanctum iis & integrum semper esse debet, infringerent. *§.vsque adeò eiusd.leg.*

d.l.ita autẽ 5.§.Papinianus.

§. vsque adeò eiusd. leg.

ILL.

ILLATIO VII.

De tutore qui repertorium non fecit rerum pupillarium.

SEptimò ex eodem Principio fit, vt tutor qui repertorium non fecit quod vulgo inuentarium appellatur dolo fecisse videatur. *l. tutor qui repertorium 7. eod. tit.* Nisi fortè aliqua necessaria & iustissima causa allegari possit propter quam id factum non sit. Nec enim diligens quisquam paterfamilias rerum suarum administrationem ab alio suscipi pateretur, nisi confecto priùs earum inuentario exactissimo, ex quo sciri quandoque posset, quid cuiúsve rei rationem reddere administrator deberet. Qua de causa nec aliud admittendum est in cæteris administratoribus dummodo bonorum administratores sint non vnius aut alterius rei puta litis alicuius, Nisi ponas ad eam litem pertinere multa instrumenta, quorum traditio facienda sit procuratori ad litem tractandam. Hoc enim casu inuentarium eorum omnium fieri necessariò debet vt sciatur quid & quantum finita lite restitui oporteat. Si quis igitur dolo inuentarium non fecerit in ea condicione est vt teneri debeat in id quod interest pupilli, quod per iusiurandum in litem æstimatur *l. vlt. C. de in lit. iur.* qua etiam pœna tenetur tutor qui fecit quidem inuentarium, sed qui factum non profert aut instrumenta aliáve in eo inuentario descripta, eo tempore quo reddendæ sunt rationes. Quid enim prodest factum esse quantumuis bona fide inuentarium si non etiam ex bona fide & exhibitio ipsius fiat & restitutio eorum quæ inuentario continentur. *l. pen. eod. tit.* vbi tamen monet Imp. alio iure censeri tutorē, alio heredem eius. In tutore enim hoc obtinere, quod dicimus. In herede verò tutoris aliud esse vt non aliter contra eum in litem iurari possit, quàm si ea quæ in hereditate reperit dolo malo non exhibeat, nisi ponas cū defuncto tutore fuisse iam litem contestatam. Is enim effectus contestationis est, vt actionem quæ & qualis contra defunctum competiit, transmittat in heredem. *l. 1. C. de hered. tut.* Est autem ea vis & potestas confecti inuentarij, vt si tutor inuentario publicè confecto res pupilli vel adulti inscripserit, & ipse per huiusmodi scripturam confessus fuerit ampliorem quantitatē substantiæ, non aliud inspiciendum sit, nisi hoc quod inscripserit, & secundum vires eiusdem scripturæ patrimonium pupilli vel adulti exigatur, vt loquitur Iustin. in *l. vlt. C. arbitr. tutel.* vbi rationem addit, quòd non sic homo simplex immò stultus inueniatur vt in publico inuentario scribi cōtra se aliquid patiatur. Sed & subiicit ibidem Iustinianus, illud omnimodo esse obseruandum, vt non audeat tutor vel curator res pupillares vel adulti aliter attingere vel vllam sibi communionem ad eas vindicare, nisi priùs inuentario publicè facto secundum morē solitum res ei tradantur: quod & ab Impp. Arcadio & Honorio constitutum iam fuerat in *l. tutores 24. C. de adm. & peric. tutor.* & in furiosi etiam curatore ab eodem Iustiniano postea inductum in *l. de creationibus 27. C. de episcop. audient. & l. vlt. §. & inuentario C. de curat. furios.* Exceptio tamen subiungitur in *d. l. vlt. §. illo proculdubio, Nisi testatores qui substantiam transmittunt specialiter inuentarium conscribi vetuerint.* Fieri enim facilè potest vt prudens pater aliqua ex causa putet non tantùm sua interesse, sed etiam filii sui impuberis ne secreta patrimonij pandantur & suspectum æs alienum *l. vltim. C. de alim. pupill. præst. l. 2. versic. quid enim tam durum C. quand. & quib. quart. pars lib. 10.*

l. tutor qui repertorium 7. eod. tit.

L. vlt. C. de in lit. iur.

l. pen. eo. tit.

l. 1. C. de hered. tutor.

l. vlt. C. arbitr. tutel.

l. tutores 24. C. de adm. tut.

l. de creationibus 27. C. de episc. audient. l. vlt. §. & inuentario C. de curat. furios. & §. illo proculdubio eiusd. leg.

l.vlt. C. de alim pupill. prast.

tit.34.quo casu nemo dixerit imputandum esse tutori cur non fecerit inuentarium contra testatoris voluntatem.Nec est contrarium quod proxima illatione dicebamus, non cogi nec debere tutorem parere voluntati patris in iis quæ pupilli vtilitatem læderent, Cùm hoc ipsum ex pupilli vtilitate esse possit,vt diximus.Si tamen appareret testatorē prohibuisse vt fieri adsolet confectionem inuentarii potiùs vt tutori quàm vt ipsi pupillo prospiceret,ad officium iudicis adeóq; ie ipsius tutoris pertinebit vt inuentarium nihilominùs fiat,quod & Bart.tradidit ad *l.nemo potest* 55.*de legat*.1.Et generaliter ita obseruandum est,vt quoties in alterius quàm ipsius testatoris eorúmve qui ab ipso lucratiuam causam habent fauorem inuentarium confici lex vult, non possit à testatore prohiberi,ne alioqui maior videatur esse potestas voluntatis testatoris,quàm legis contra id quod scriptum est in *dict. l. nemo potest* 55. *de legat.* 1.Itaque si testator prohibuerit ab herede confici inuentarium, quod hodie fieri solet sollenniter ex beneficio *leg. vltim. Codic. de iur. deliber.* poterit ea prohibitio heredi prodesse, vt licèt inuentarium non fecerit, tamen vltra vires hereditarias non teneatur legatariis & fideicommissariis, quorum condicionem deteriorem facere proculdubio testator potuit, quibus & nihil dare potuisset,si voluisset. At non proderit heredi aduersus defuncti creditores quibus vtique non magis nocere potuit testator quàm facere citra solutionem vt nihil iis deberet, quam interpretum nostrorum communem esse opinionem refert probátque Iulius Clar. in §. *testamentum quæst. 66.* Habent enim creditores fundatam intentionem contra heredem vt eum teneant obligatum in solidum,& suprà etiam quàm sit in viribus hereditariis,Nec à testatore habet heres beneficium vt de suo nihil præstare teneatur, sed à lege, quæ porrò non aliter ei beneficium hoc datum voluit quàm si inuentarium faceret: Vt proinde testator qui heredi suo prohibet ne inuentarium faciat, nihil aliud vi ipsa cauere videatur, nisi vti ne legis Iustinianeæ beneficium implorare possit,sed eo iure vetere cogatur vti, quod olim commune erat omnium heredum, vt defuncti creditoribus in solidum, legatarijs verò & fideicommissarijs non nisi ad dodrantem vsque tenerentur:Nam & post Iustiniani constitutionem si quando heres teneatur creditoribus in solidum, puta non confecto inuentario, non fit hoc in pœnam neglecti noui beneficij sed ex iure communi,cui vt locus possit esse,sufficit nouum beneficium quod implorari potuit non fuisse imploratum. Vt verò teneatur legatariis & fideicommissarijs in solidum, nec Falcidiam vllam deducere possit, fieri nequit iure communi,ex quo permissa est Falcidiæ retentio,ideóque necessariò adscribendum est pœnæ quam ei voluit Iustinianus irrogatam,ob id solùm,quòd nouæ legis beneficium neglexerit.Porrò nullam ex hac causa pœnam meretur heres qui non faciendo inuentarium paruit sui testatoris voluntati : Non ergo prætextu constitutionis Iustinianeæ prohiberi debet heres qui inuentarium non fecit, quominùs vtatur iure communi & Falcidiam deducat ex legatis ac fideicommissis:Sicut è contrario, prætextu voluntatis testatoris, qui inuentarium fieri prohibuit,non debet recusare,quominùs creditoribus defuncti in solidum teneatur ex iure communi, cùm neque Iustiniani beneficium implorauerit, neque sollennitatibus iis satisfecerit, quibus tamen omnino satisfaciendum erat,vt beneficium illud implorare posset,sollenni scilicet inuentario ritè rectéque conscripto.Quid igitur de illo dicemus cui testator bonorum suorum omnium

l. nemo potest 55.de leg.1.

l.vlt. C. de iur.delib.

De illo cui

omnium vſumfructum ſiue legati, ſiue fideicommiſſi iure reliquerit? Hunc enim conſtat cauere ante omnia debere ſe boni viri arbitrio fruiturum, finitóque vſufructu omnia ex bona fide reſtituturum *l.1. & tot. tit. D. vſufr. quem. caueat.* ob idque & in neceſſarium antecedens inuentarium ab eo fieri oportere. Quomodo enim ſciri aliter poſſet, quid & quantum reſtituere fructuarius deberet? At fructuarius qui vſumfructum habet iure legati vel fideicommiſſi conſtitutum non fuit creditor defuncti, ſed ab eo cauſam habet lucratiuam, itémque heres cuius tanquam proprietarij gratia conſtitutum hoc eſt vt & cauere, & inuentarium facere fructuarius debeat. Conſequens ergo ſuperioribus videtur vt in ipſius vſufructuarij fauorem & in heredis præiudicium liceat teſtatori confectionem inuentarij prohibere. Contrà tamen illud vrget, quod non poteſt prohibere teſtator ne per fructuarium heredi caueatur eum arbitrio viri boni vſurum *l. 1. Cod. vſufruct.* Nec igitur prohibere poterit ne inuentarium fiat, tanquam quod faciendum ſit vt diximus in neceſſarium antecedens. Vtrumque eadem ratione, quam & noſtri interpretes adferre ſolent, ne alioqui detur fructuario materia & occaſio delinquendi, id eſt alienis rebus malè vtendi. Non tam enim ad priuatam vtilitatem eius cui caueri debet, quàm ad publicam reſpiciunt leges quæ permittunt remitti ſatiſdationem legibus conſtitutam *l. 2.* iunct. *l. ſcire debetis 7. Cod. vt in poſſeſſ. legat.* qui poſtremus locus fortaſſe ſolus eſt in toto iure quo probari bene poſſit hanc de fruendo boni viri arbitrio ſatiſdationem teſtamento remitti non poſſe. Nam quod ſcriptum eſt in *dict. l. 1. Cod. de vſufr.* quam adducere in hanc rem interpretes ſolent, non ad huiuſmodi cautionem pertinet, ſed vt ipſa legis verba demonſtrant ad eam cautionem quæ præſtari ex Senatuſconſulto debet quoties vel rerum mobilium vel etiam nominum vſusfructus legatus fuit *l. 3. D. de vſufr. ear. rer. quæ vſu conſum.* quod in ea ſpecie euenerat, in qua & omnium bonorum vſusfructus legatus proponebatur, & in bonis fuiſſe nomina debitorum quæ vſufructuarius exigere volebat. Huius verò cautionis præſtandæ multò maior neceſſitas ſubeſt quàm illius de vtendo fruendo arbitrio boni viri, longéque difficilius fieri poteſt vt remittatur, cùm nominum vſusfructus vt & aliarum rerum quæ vſu cõſumuntur nullus conſtitui poſſit niſi cautionis huius remedium adhibeatur *d. l. 3.* vt proinde dici poſſit talis vſusfructus ſubſtantiam in hac cautione conſiſtere, ſiquidẽ fieri nequit vt vſusfructus vllus ſit quin ius ſit vtendi fruendi alienis rebus ſalua earũ ſubſtãtia, *l. 1. D. de vſufr.* nec rurſus vt ſalua rei ſubſtantia quis vtatur iis rebus quæ vſu ipſo conſumuntur, in quo numero eſſe nomina debitorũ certiſſimũ eſt. Quis enim nominis vſusfructus eſſe poteſt niſi liceat fructuario pecuniam exigere à debitore, non quidẽ vtili aliqua actione quæ ceſſionariis omnibus poſt reſcriptum D. Pij competere proprio nomine ſolet *l. ſi cum emptore 16. D. de pact. l. 5. 7. & 8. Cod. de hered. vel action. vendit.* ſed directa quam habet tanquam procurator proprietarij hoc ipſo quod fructuarius eſt. Atquin agi ex nomine & exigi pecunia non poteſt, quin nomen ipſum extinguatur liberato iure ipſo debitore. Cautio igitur omnino neceſſaria eſt priuſquàm fructuarius agere poſſit contra debitores ſicut & neceſſarium eſt vt antè omnia ſit fructuarius. Adeò vt nec aliud dicendum ſit, etiamſi heres ipſe idémque proprietarius nedum teſtator remiſerit ei cautionem, quia, vt dixi, ex hac cautione conſiſtit ſubſtantia tota vſusfructus, qui aliter non magis poteſtate

teſtator bonorum ſuorum omniũ vſumfructum reliquit.

l. 1. C. de vſufr.

l. 2. l. ſcire debetis 7. C. vt in poſ. legat.

l. 3. D de vſuf. ear. rer. quæ vſu conſum.

l. 1 eod. tit.

l. ſi cũ emptore 16. D. de pact.

De quasi vsufructu inducto per Senatusconsultum in rebus mobilibus.

l.2. De vsuf. ear. rer. quæ vsu cōsum.

& fictione iuris constitui posset, quàm per rerum naturam aliquis esse. Nam nec Senatusconsulto factum est aut fieri potuit vt istarum rerum quæ vsu consumuntur vsusfructus aliquis verè ac propriè esset (neque enim ratio naturalis autoritate Senatus commutari potuit) sed remedio introducto cœpit quasi vsusfructus haberi: vt eleganter tractat Iureconf. in *l.2. ill. tit. de vsufr. ear. rer. quæ vsu consum.* In cóque manifestior est differentia huius cautionis, & illius quæ à fructuario præstanda etiã est de vtendo fruendo arbitrio boni viri. Illa enim etsi à testatore non potest remitti inuito herede cuius scilicet solius fauore & commodo præstanda est, consentiente tamen herede & iuri suo renunciante remitti proculdubio potest *l. pactum* 46. D. *de pact. l. penult. C. eod. l. potest heres* 71. D. *ad leg. Falcid.* Hæc verò remitti non potest nec si heres velit. At neque debitores à quibus debitum exigere vult fructuarius possent eum repellere hac exceptione quod non satisdedisset adhuc de vtendo fruendo arbitrio boni viri, quandoquidem nihil ipsorum interesset, remissa præsertim satisdatione per testatorem siue heres voluntatem sui testatoris vltrò approbasset, siue cautionem quam exigere ante traditum vsumfructum pro suo iure poterat nōdū exegisset, quia fructuario vt vtiliter & efficaciter possit agere, sufficit vt habeat ritè constitutum vsumfructum ab eo qui ius habuit constituendi tradēdique, nec quicquam interest debitorum qui liberabuntur vtique ipso iure soluentes fructuario cui heres sine satisdatione tradidit vsumfructum perinde acsi soluerent alii cuilibet heredis procuratori. Et quamuis non liberarentur ipso iure tamen essent adiuuandi exceptione doli contra heredem postea petentem id, cuius iam antè ab iis etiam inuitis exigendi potestatem fecisset fructuario, tradito ei vsufructu quamuis citra satisdationem. *arg. d. l. si cum emptore* 16. D. *de pact. l. si conuenerit* 18. *D. de pignor. act. l. si pecunia* 77. *De legat.* 1. Nec enim fructuarius vt faciat fructus suos cogitur cauere proprietario nisi id desideranti *l. si cuius* 13. *in princip. D. de vsufr.* At vt possit se dicere fructuarium earum rerū quæ vsu consumuntur, ac proinde nominum, cogitur cauere heredi non tantū desideranti sed etiam inuito. Et verò credibile est in specie *d. l. 1. C. de vsufr.* fuisse remissam vsufructuario satisdandi necessitatem non tantùm à testatore, sed etiam ab herede secuto voluntatem testatoris, nec eò magis tamē permittitur ei agere contra hereditarios debitores, tanquam qui eorum intuitu nullum dici possit habere vsumfructum. Ergo vt ad propositam dubitationem redeamus, concludendum est inuentarij conficiendi necessitatem non magis remitti posse fructuario à testatore, quàm satisdationem de vtendo fruendo arbitrio boni viri & de restituendo, cùm fieri nequeat restitutio arbitrio boni viri post finitum vsumfructum, nec sciri an durāte vsufructu benè vsusfructus sit fructuarius & vt virum bonum decuit, nisi ex inuentario appareat quid & quantum fructuario traditum sit ex causa vsusfructus. Si tamen ipse quoque heres hanc satisdationem remiserit siue expressa conuentione, siue tacito consensu, hoc ipso quod numquam sibi caueri desiderauit, nec vsusfructus constituti tempore nec postea, secutus scilicèt bonam fidem fructuarij, consequens erit vt inuentarij quoque conficiendi necessitatem possit remittere, quamuis non ob id solùm videri debeat remisisse, quòd remiserit cautionem. Nihil enim vetat & inuentarium fieri & satisdationem remitti. Immò tantò magis necessarius est vsus inuentarij, quanto minùs aliunde proprietario cautum est, vt hac saltem veluti cautiuncula ipsi consulatur. At si in bonis quorum vsusfructus

d. l. si cum emptore l. si conuenerit 18. D. de pignor. act. l. si pecunia 77. de legat. 1. l. si cuius 13. in princ. D. de vsufr.

Distinctio adhibenda cùm quaritur An remitti possit confectio inuentarij.

vſusfructus legatus alitérve conſtitutus eſt, ſint nomina & aliæ res quæ vſu cõſumãntur, non eſt in poteſtate heredis facere ne inuentarium fieri debeat, non magis quàm ne cautio eo nomine pręſtãda ſit, quæ ſcilicet ſine inuẽtario præſtari nullomodo poteſt, mihíque videtur adhibenda hæc diſtinctio, quam fortaſſis ante me adhibuit nemo. Et hæc de faciendis inuentariis dixiſſe ſufficiat per occaſionem inuentarij quod à tutore fieri oportet, Niſi quod generaliter monitum volumus, eandem inuentarij faciendi neceſſitatem iis omnibus incũbere, non ſolùm qui res alienas tranctant tanquam adminiſtratores, cuiuſmodi ſunt curatores, ſiue minorum, ſiue ad lites, hoſpitalarij, & alij, ſed etiam qui communes, puta ſocij. Immò quod magis eſt, etiam qui res proprias, ſi tamen quãdoque futurum ſit, vt eas alteri reſtituere teneatur, vt euenit in herede, qui ſub condicione, vel in diẽ alteri hereditatẽ reſtituere rogatus eſt. Omnibus enim fideicommiſſis bonam fidem ineſſe conſtat *l. Titius* 54. *D. ad SC. Trebel.* Quomodo autem ex bona fide poſſet vnquam videri hereditatẽ reſtituiſſe is, qui rerum hereditariarum inuentariũ nullum feciſſet? Nimirũ petente fideicommiſſario. Si enim ipſe nõ petat, ſicuti heres ipſum vltrò adire eíque fideicõmiſſum offerre non cogitur, ita neque ſatiſdationem præſtare *l. 1. l. cùm Artemidoram* 4. *& tot. tit. C. vt in poſſ. legat. & tit.* D. *vt legat. nomin. caueat.* quã & teſtator ipſe remittere potuiſſet ſi voluiſſet adeóque indicio quocũq; voluntatis *d. l. ſcire debetis, d. l. 2. & paſſ. eo. l. auia* 77. *§. vl. D. de cond. & demonſt.* Vnde illud quoq; paullatim factũ eſt, vt in deſuetudinẽ abierit ius illud ſatiſdationis pręſtãdæ ab herede grauato, ſiue in diẽ, ſiue ſub cõdicione. Nec enim hodie heredes ſatiſdant, quaſi ſuperuacua ſit cautio, pręſertim poſtquã ex Iuſtiniani conſtitutione in *l. 1. C. comm. de legat.* Placuit legatariis & fideicõmiſſariis omnibus dandã eſſe actionem non tantùm perſonalẽ & ex teſtamento, vt olim, ſed etiã vindicationẽ & hypothecariã: quę olim minimè dabatur, & quæ tamen nõ minùs vtilitatis habet quàm pręſtatio fideiuſſoris *l. ſi mandatu* 5. *§. vlt. D. mandat. l.* 4. *§. addici* D. *de fideic. libert.* immò tantò plus quantò plus cautionis eſſe ſolet in rem quàm in perſonã *l. plus cautionis* 25. *De regul. iur.* Porrò generale eſt vt ſuperuacua cautione nemo vnquam onerari debeat *l. 1. §. vlt. l. hæc ſtipulatio* 14. *§.* 1. *D. vt legat. ſeu fideic. nom. caueat.* Neque tamen conſequens ſit vt hodie non teneatur heres inuentarium facere fideicommiſſario poſtulante. Nam quæ ratio facit ſuperuacuam ſatiſdationem quod aliũde ſatis ſupérque cautum ſit fideicommiſſario per tacitam illam hypothecam à Iuſtiniano inductam, eadem non tollit neceſſitatem cõficiendi inuentarij, ſine quo futura ſit multò minùs vtilis hypothecaria, quippe quæ dari non poſſit niſi pro eo quod probetur eſſe in fideicommiſſo, in quo tamen quid & quantum ſit reſtitutionis tempore & tunc cùm agitur hypothecaria nõ niſi facto inuentario ſciri exactè poteſt. Superioribus verò conſequẽs eſt tutorem nihil ante inuentariũ factũ gerere debere, niſi id quod dilationem expectare non poſſit nec modicam *d. l. tutor qui repertorium*, quod & conſtitutum eſt ab Arcadio & Honorio in *l. tutores* 24. *C. eod. tit.* De *admin. & peric. tutor.* Ergo ſi quid geſſerit pupillus ante confectum inuentarium id ipſo iure nullius momenti erit, tanquam geſtũ ab eo qui nullam habuit gerendi poteſtatem. Sicut & ſi quid geſtum eſſet à tutore, vel curatore ante præſtitam ſatiſdationem quam præſtare debuiſſet *l. vlt.* C. *de tutor. vel curat. qui ſatis non ded.* Hodie tamen inuentarium quidẽ ſtatim fit, ſed non eo minùs valent quæ interim tutor, vel curator geſſit, dummodò nihil dolo

De neceſſitate conficiẽdi inuentarij quibus incumbat.

l. Titius 54. ad Trebell.

l. 1. l. cùm Artemidoram 4. C. vt in poſſ. legat.

l. 1. C. commun. de legat.

d. l. tutor qui repertorium l. tutores 24. C. eod.

l. vlt. C. de tutor. vel curat. qui ſat. non ded.

OOo

malo fiat in fraudem pupilli, cui per inuentarium postea ritè factum præstitámque satisdationem bene cautum esse appareat.

ILLATIO VIII.

De tutore qui cessauit in distractione rerum quæ tempore pereunt.

OCtauò ex eodem Principio fit, vt si tutor cessauerit in distractione earum rerũ quę tẽpore pereũt suum periculũ faciat *l.lex quæ tutores* 22.C.*de admin.& peric.tutor.* Debuit enim officio suo fungi confestim; ait Vlp. in *d. l.tutor.* §.1. quia & diligens quilibet paterfamilias in rebus suis idem faceret: Qua ratione iis etiam quibus alioqui alienatio omnis interdicta est, permittitur tamen istarum rerum alienatio vt in *l. Aristo* 5.*§.si maior l.ait prætor* 7.*§. vlt.*D. *de iur.delib.l.inter* 48.*D.de admin.& peric.tuto.l.si diu* 8.D.*quib ex caus.in poss. eat.* Quid ergo si hic tutor qui cessauit in huiusmodi rerum distractione contutores expectabat, vel differentes, vel etiam volentes se excusare? Negat Vlp. ei facilè ignoscendum esse, quia debuit partibus fungi nõ ex aliena, siue culpa, siue negligentia suæ colorem quærere: Non vt debuerit vti præcipiti festinatione, sed vt nec moratoria cunctatione. Saltem tam citò, vt periculum præuenire, suáque diligentia anteuertere debuerit, vt & in specie *l.si quis filio* 6.*§.quid tamen.D.de iniust.rupt.*

l.lex quæ tutores 22. *C. de adm. tut. d.l.tutor qui* 7.*§.*1.*D. eo. l.Aristo* 5.*§. si maior l. ait prætor* 7. *§.vlt.D. de iur. delib. l. inter* 48. *D. de admin. tuto.l si diu* 8. *D. quib. ex caus. in poss.eat. l.si quis filio* 6.*§. quid tamen D. de iniust. rupt.*

ILLATIO IX.

De tutore qui per sordes aut gratiam comparauit prædia non idonea.

NOnò ex eodem Principio fit, vt competat aduersus tutores tutelę actio, si malè contraxerint, hoc est, si prædia comparauerint non idonea per sordes aut per gratiam *d.l.tutor §.competet.* Nec enim ad aliud cõparata est tutelæ actio, nisi vt si quid vel negligenter, vel improbè tutor fecerit id pupillo prçstare damnúmque omne ei sarcire compellatur, Si tamen nec sordidè, nec gratiosè tutores quid fecerint, sed non bonam condicionem elegerint, rectiùs dicetur solam latam negligentiam prçstare illos hac parte debere *d.§. competet.* Nam & diligenti cuiuis patrifamilias idẽ accidere facilè potest, vt erret in non bona condicione eligenda. Planè cùm magna negligentia probatur, non potest videri tutor culpa vacare, quoniam magna negligentia & lata, nihil aliud nisi culpa est, sicut & magna culpa dolus est *l.magna* 226.*De verb.signifi.l. quod Nerua* 32.*D.deposit.*

d.l. tutor 7. *§. competet D.de admi. tutor.*

l. magna 226.*de ver. sign.l. quod Nerua* 32. *D.deposit.*

ILLATIO X.

De tutore qui neglexit comparare prædia ex pecunia in eam rem deposita.

DEcimò ex eodem Principio fit, vt si tutores pecuniã quidem deposuerint ad prædia comparanda, sed tamen post eam depositionem factã prædia comparare neglexerint, ex eo tempore incipiant in vsuras conueniri. Quamquam enim à prætore compellendi sunt, vt comparent, tamen si cessent nõ eo minùs ad vsuras plectendi sunt tarditatis gratia *d.l.tutor §.si post depositionẽ.* Nõ enim potest tutor esse in mora quin sit in culpa, Nec rursùs in culpa quin hoc ipso sit obligatus iudicio tutelæ *d.§.competet l.chirographus* 57.*D.eod.ti. de admin.tutor.*

d.l.tutor 7. *§.si post depositionẽ D. de admin.tutor. l.chirographis* 57.*eod. tit.*

min.tutor.& consequenter ad vsuras, Vsuræ enim non nisi propter moram infligi solent *l.cùm quidã 17.§.si pupillo D.de vsur.* Planè si tutores probent per eos non stetisse quominùs prædia compararent, vel quia non repererint satis idonea, vel quia non satis pecuniarum in deposito esset, nihil erit quod eis imputetur propter quod ad vsuras debeant conueniri *d.§.si post in fin.* Nam & hoc posteriore casu liberarentur tutores à necessitate pecuniarum deponẽdarum *l.ita autem 5.eod.tit.* Sic dicimus, si tutor pupillarem pecuniã credere nõ potuerit, quia non erat cui crederet, pupillo eam vacare non tutori, hoc est eius vsuras à tutore nullas deberi *l.cùm plures 12 §.vltim.eod.* Non tamen audiendus est tutor si dicat ideò cessasse illum in comparandis prædiis pupillo quòd idonea prędia non inueniret si arguatur eodem tempore sibi prędia idonea comparasse. Exemplo eius quod dicimus, nec audiendum eum esse qui dicit ideò cessasse pecuniam pupillarem quòd idonea nomina non inueniret si arguatur eo tempore pecuniam suam bene collocasse *l.tutor 13.§.1 eod.tit.* Nec rursus commodatarium apud quem res commodatæ incendio, vel ruina perierunt si cùm posset res commodatas saluas facere suas prætulerit *l.si vt certo 5.§. quod verò senectute D.commod.*

d.§. si post depositionẽ in fin.
d.l.ita autẽ 5. in princ. eod.tit.
l.cùm plures 12.§.vlt.eo.
l.tutor 13.§.1.eod.
l.5.§. quod verò senectuti D.commod.

ILLATIO XI.

De præstandis per tutorem vsuris eius pecuniæ quam in vsus suos vertit.

VNdecimò ex eodem Principio fit, vt pecuniæ quam in vsus suos tutor vertit legitimas vsuras præstare debeat *d.l.tutor qui repertorium 7.§.pecuniæ.* Non enim aliter fieri potest vt videatur tutor diligenter versatus circa res pupillares, quin potiùs perfidè & contra constitutiones quę hoc ipsum districtè prohibent, ne cui tutori liceat in suos vsus vertere pecuniam pupillarem *l.Lucius 46.§.tutorem eod.* Sed hoc ita demum obtinet vt legitimas vsuras præstare tutor debeat si euidenter doceatur pecuniam in vsus suos conuertisse. Cur enim præsumamus contra tutorem quod perfidè versari voluerit in re pupilli & facere aduersus constitutiones? Non erit itaque bona consecutio si dicatur tutor in vsus suos pecuniam pupillarem conuertisse ob id solùm quod eam nec fœnerauerit, nec deposuerit, & ita Diuum Seuerum decreuisse refert Vlpian.in *dicto §.pecuniæ.* At quid si debitor patris pupilli fuit, nec sibi tanquam tutori soluit? Neque hic in vsus suos pecuniam vertisse videbitur. Igitur non maiores vsuras pupillo præstabit quàm quas eius patri promiserat vt subiicit Vlpian. in *§.vertisse.* Quid si tutor pecuniam pupillarem suo nomine fœnerauerit? Non videtur in suos vsus eam vertisse, ideóque nec contra constitutiones fecisse *dicta lege Lucius §.tutorem*, quia vtilem hoc casu actionem pupillus habet ex contractu tutoris *l.2.D.quand.ex fact.tutor.* Cogetur ergo tutor præstare vsuras quas perceperit quantæcumque illæ sint, sed ita demum si suscipiat pupillus periculum cæterorum nominum à tutore contractorum *dicta lege tutor 7.§.si tutor.* Etsi enim posset quis existimare bona integra pupillo salua esse, deperdita verò & malè contracta ad tutorem pertinere, tamen verius & æquius est, posse tutorem eam condicionem adolescenti deferre, vt id quod gessisset tutor in contrahendis nominibus, aut in totum agnosceret, aut à toto recede-

d.l.tutor qui repertorium §.pecuniæ.
l.Lucius 46.§. tutorem eod.
d.§.pecuniæ
§ vertisse eiusd.leg.
d.l. Lucius §. tutorem
l.2.D.quan. ex fact.tut.
d.l. tutor 7. §.si tutor D. de admin. tutor.

ret, ita vt perinde esset acsi tutor sibi negotium gessisset. Nam & idem e-

l. cùm quaeritur 16. eod.

ueniret si pupilli nomine tutor credidisset *l. cùm quaeritur 16. eod. titu.* quia non idcirco pupillus cogeretur agnoscere periculum nominum quæ tutor malè contraxisset. Nec sanè aliter, aut meliùs possit tutor probare se bonam fidem in rebus pupillaribus præstitisse, eandémque diligentiam quam in suis propriis, quàm si hanc condicionem deferat adolescenti. Quænam verò

Vsuræ legitimæ quanæ sint.

sint hæ vsuræ legitimæ video etiamnum ab interpretibus dubitari. Sunt enim ex recentioribus plerique qui vsuras besses, vel semisses intelligant, Quod ego probare non possum. Legitimæ enim dicuntur, quantas lex permittit, id est quæ ad legitimum vsque modum ascendunt, quem si excederent, legitimæ iam non essent. Eæ verò sunt centesimæ quibus maiores aliæ & grauiores nullæ nostris legibus constitutæ sunt. Atque ita rectè Accursius quoque noster interpretatur. Opponuntur enim legitimæ vsuræ pupillaribus, quæ scilicèt minores esse solent, quales nimirum in ea prouincia & regione in qua tutor degit, frequentantur, siue quincunces illæ sint, siue

d. l. tutor 7. §. quæ autē sint. l. 1. C. de vsur. pupill. l. 3. C. arbit. tutel.

d. §. quæ autem.

trientes aut etiam leuiores *dicta lege tutor 7. §. quæ autem sint.* iunct. *l. 1. C. de vsur. pupillar. l. 3. C. arbitr. tutel.* Tunc itaque irrogantur tutori vsuræ legitimæ cùm grauiore pœna & odio dignus videtur, quod contingit in casibus de quibus in *dicto §. quæ autem*, Primus ille est de quo iam diximus si tutor pecuniam pupillarem in suos vsus conuerterit, quoniam in hoc facit non tantùm contra bonam fidem, sed etiam aduersus constitutiones. Secundus est, Si negauerit apud se vllam esse pecuniam pupillarem siue ad alendum pupillum ipsum, siue ad alia negotia expedienda, ita vt ex ea denegatione imposita sit necessitas mutuam pecuniam sub vsuris legitimis accipiendi. Cur non enim hoc casu in legitimas quoque tutor condemnabitur, cùm legitimæ absint pupillo? Tertius est, Etiamsi nulla pecunia mutua sit accepta sub vsuris legitimis. Perinde enim quicquid penes eum tunc fuisse constiterit, eius grauissimas vsuras pendere debebit in pœnam videlicet mendacij quod vix est, vt longè distet à dolo malo. Quartus est si moram fecerit tutor in pecuniis deponendis ad prædiorum comparationem, & prætor ei vel per solam comminationem legitimas vsuras irrogauerit, Nec enim dubitare iudex debebit qui postea in tutelæ actione datus erit, quin prætoris decretum sequatur. Solebant verò prætores cùm pecunias deponi iubebant comminari, vt si non fieret depositio, vel quantò tardiùs fieret legitimæ v-

d. l. tutor 7. §. si deponi D. de admi. tutor.

suræ præstarentur *d. l. tutor §. si deponi.* Id si factum non esset, videtur Vlp. innuere non fuisse moris, vt ex hac causa condemnaretur tutor ad legitimas vsuras, Quamquam non video cur faueri ei debuerit, qui & boni tutoris officium, & prætoris humanioris sine comminatione iubentis præceptum neglexisset. Idque ab Vlpiano prætermissum esse in *dict. §. si deponi*, mirarer ego, nisi viderem, quicquid scriptum est ab illis verbis primis *d. §. si deponi vsque ad §.*

26 *Tribonianismus in Vlpiano.*

vsuræ. Triboniani esse non Vlpiani, Nihil enim nisi distinctiones & subdistinctiones sunt, Triboniano familiariores quàm Vlpiano, & prætereà quas partim mācas, partim stolidis & insulsis repetitionibus fœdatas esse negari nō potest. Quod nāque primo loco dicitur, si deponi oportet pecunias ad prædiorū cōparationem, siquidē hoc factū est vsuras non currere, an nō prorsus ridiculū est, Aut an nō esset ridiculus qui de eo dubitaret? Et rursus cur dicimus vsuras non currere quomodo loqui solent Iureconsulti pro eo quod est sisti cursum

vsurarum

vsurarum vt in *l.lite contestata 35.D.de vsur.* si debitæ nũquam fuerunt? Sequitur *sin verò factum non est, siquidem nec præceptum est, vt deponantur pupillares præstabuntur.* Nec hoc quoque dubitationem vllam habet, quia nõ alias quàm pupillares vsuras debere tutor potest iis casibus quibus expressim cautum non est, vt debeat maiores. Subiicitur *si præceptum est & neglectum de modo vsurarũ videndum est.* Hæc verò postrema verba sunt superflua. De quo enim alio hic agebatur nisi de modo vsurarum? Videamus tamen quem modum statuturus sit Tribonianus. *Et solent*, inquit, *prætores comminari, vt si non fiat depositio, vel quantò tardiùs fiat, legitimæ vsuræ præstentur. Si igitur comminatio intercessit, iudex qui quandoque cognoscet, decretum prætoris sequetur.* Quodnam verò decretum? Sola enim comminatio non habet vim decreti sicut nec legis *tot.tit.C. commin.epist.programm.vim rei iudic non haber.* At quid si prætor decreuerit quidem vt prædia cõpararentur, sed prætermiserit comminationem, aut sub comminatione vsurarum simpliciter nulla legitimarum facta mẽtione? Hic casus à Triboniano prætermissus est, qui tamen erat dubitabilior, ideóque minùs debuerat prætermitti. Et in hoc fatendum est mancam esse distinctionem. In id tamen videtur procliuior esse Tribonianus vt putet hoc casu legitimas vsuras nõ deberi, sed tantùm pupillares, Alioqui frustra distingueret an cõminatio legitimarum vsurarum præcessisset necne si omni casu legitimæ vsuræ deberentur: Facitque pro hac sententia quod modò dicebamus pupillares tantùm vsuras deberi quoties de legitimis exsoluendis nihil cautum reperitur. Contra tamen pro pupillo, vt legitimas vsuras in hac quoque specie consequi debeat, illud vrget quòd si prætores solent idipsum æquum putare, ob ídque cõminationẽ legitimarũ vsurarũ adiicere, quidni etiã iudex ipse qui de tutelæ actione cognoscit quiq; omnia ex bona fide & æquitate statuere debet, idẽ arbitrabitur? Nec.n.putandum est ideò ęquũ esse legitimas vsuras pręstari cùm præcessit cõminatio, quòd ea præcesserit, sed è cõtrario solere prætores ideò talem facere comminationem quod æquum sit non modò negligentem, sed etiã contumacem tutorem hanc veluti pœnam subire, An nõverò æquè contumax ille est qui iussus pecuniam deponere non paruit, quãuis nulla interueniente legitimarum vsurarum comminatione? Itaque putarem ego si Triboniani iudicio meum possem opponere, ad vsuras legitimas tutorem hunc condemnari debere. Subiungitur, *Idem solent facere prætores circa eos tutores, qui negant habere ad alendos pupillos penes se aliquid, vt quicquid constiterit penes eos esse eius grauissima vsura pendatur. Et hoc persequi iudicem oportere palam est, cum & alia pœna adiectione.* Hic verò Triboniani manum agnosco apertiùs in ista verborum intricatione & improprietate, præsertim in verbo *persequi*, quo ille vsus est pro *sequi*, vel *exequi*. Sed & inscitiam simul in illis verbis *cum & alia pœnæ adiectione.* Quam enim aliam pœnam maiorem posset iudex, aut deberet statuere cõtra tutorem, qui pecuniam pupillarem quam penes se habuisset habere tamen negasset, nisi vt eius pecuniæ legitimas & grauissimas vsuras præstare teneatur? Nã si nec valet pœnæ conuentio inter priuatos quoties subesse potest suspicio quòd adiecta sit pœna in fraudem legitimarum vsurarum *l.pecuniæ 9.in princip.& §.1.D.de vsur.* quantò minùs licebit iudici excedere modum legitimum quem ab aliis excedi prohiberet? Sed & obseruãdum est valde impropriè dixisse Tribonianum *cum & alia pœnæ adiectione* pro eo quod dicere voluit *cum alterius pœnæ adiectione* quomodo Vlp. haud

l.lite contestata 35. D. de vsur.

tit.C. commin.epist. progrã vim rei iudic. nõ haber.

l.pecuniæ 9. in princ. & §.1.D.de vsur.

dubiè locutus fuisset. At neque video in quo tam graue sit delictum tutori negantis penes se pecuniam esse quæ reuera sit, cùm facilè fieri queat, vt id neget sine dolo malo, putétque vel parem se habere rationem cũ pupillo, vel etiã sibi à pupillo deberi, non se pupilli debitorẽ esse. Quod si ponas dolo malo tutoris factam eam denegationem, fateor perfidum esse tutorem & dignũ quem ex hac causa prætor tanquam suspectum remoueat, cum nota etiã infamiæ. Sed cùm agamus de iudice qui de tutela iã finita cognoscit inter tutorem & pupillum, an non satis magna tutoris pœna est quod nõ modò ad legitimas vsuras condemnatur, sed etiam ex causa tutelæ, quæ famosa est & infamiam irrogat condemnato *l.1.D.de his qui ñot.infam.* Sequitur *residuarum autem summarum pupillares vsuras pendi oportet.* Quænam verò sunt residuæ illæ summę? Opinor eæ, quę supersunt prædiis iam comparatis. Nam quandiu prędia comparata non sunt, quicquid pecuniarum est deponi debet, tantóque diligentiùs quantò maior pecuniæ quantitas est, cùm ea sola ratio possit excusare tutorem à depositionis necessitate, Si minor summa sit quàm vt sufficere queat comparationi prædiorum *d.l.ita autem 5.cod.tit.* Atqui cum casum tractamus, quo nulla prędia comparata sint, ideóque tutorem hunc ad legitimas vsuras condemnamus. Item illum quo tutor habuerit penes se aliquid pecuniæ pupillaris, & tamen negauerit se habere. Nihil igitur est quod de residuis pecuniis tractari possit. Nisi fortè voluit Tribonianus dicere aliarum summarum, quæ scilicet deponi nõ debuerint, & quas tutor penes se esse nõ negauerit, pupillares tantùm vsuras deberi, Neque verò dubito quin ita vir bonus senserit, Sed quis vnquam ita locutus fuit, vt residuas summas diceret pro aliis quæ propriè residuæ nec sint, nec esse vnquam possint? Debuerat saltem scribere *reliquarum* qua dictione quamuis etiam paullò minùs propriè omnes eas summas de quibus locutus non fuisset comprehendisset. At nihil putauit interesse an *residuarum* scriberet an *reliquarum*, quia & quod ex aliqua quantitate residuum est reliquum esse solemus dicere. Quasi verò perinde recipiendum sit, vt quicquid reliquum dici potest, idem & residuum dicatur. Sed pergamus ad reliqua quæ sunt etiam ineptiora. *Quæ autẽ sint pupillares vsuræ videndum est.* Inculcanda nimirum fuit tam sæpe formula illa *videndum est*, vt intelligeremus quàm placeat illa Triboniano. Ipsa autem quæstio prorsus ociosa est, Non enim pupillares vsuras dicimus quasi quæ pupillorum fauore certam formam habeant à cæteris differentem, sed tantùm ad differentiam, vt iam monuimus legitimarum quæ pupillo certis casibus præstandæ sunt, acsi solitas, & consuetudinarias vsuras diceremus: Vnde est quod & in ipso *titul. C. de vsur. pupillar.* si tollas quod de vsuris legitimis scriptum est in *l.1.* cæteræ omnes leges quæ de pupillaribus vsuris intelligendæ sunt, de vsuris simpliciter loquuntur, vt & *l.1.§. vltim. D.de vsur.* Videamus tamen quid ad quæstionem tam arduam Tribonianus respondeat. Ille verò nihil minùs quàm id curat vt respondeat: Sed tanquam esset immemor eorum omnium quæ proximè dixerat de forma vsurarum in quas condemnari tutor pupillo deberet, eadem ipsa repetit his verbis, *Et apparet hanc esse formam vsurarum vt eius quidem pecuniæ quam quis in vsus suos conuertit legitimam vsuram præstet.* Ergo, inquam, non pupillarem. Quid ergo attinebat hoc monere, cùm de eo tantùm proposita esset quæstio, Quænam essent vsuræ pupillares: Vsuram verò legitimam in numero singulari

d.l. ita autẽ §.in princ.de admin. tut.

tit. C. de vsur.pupill.

gulari dicere Iureconsultos vix reperias, sed semper vsuras in plurali. Addit Tribonianus, *sed etsi negauit apud se esse pecuniam & prætor pronunciauit contra eum, legitimas soluere debebit.* In quibus verbis mirum illud adeóque falsum est quod ponit prætorem hunc tutorem pronunciasse. Nec enim Vlpiani temporibus poterat prætor pronunciare, vt neque cognoscere an mẽdax fuisset tutor, qui nullas se pupillares pecunias habere dixisset, quod nec sciri poterat nisi rationibus tutelę benè & ad amussim examinatis, quã in rem necessarium erat dari iudicem qui de facto illo totáque tutelę administratione cognosceret, vt probatur non ex eo solùm quod de iudice tutelę scriptum est in *§. prox. praeced.* sed etiam ex innumeris aliis iuris locis, in quibus de iudice iudicióque tutelæ tractant Iureconsulti. Pretoris autem illud duntaxat erat, vt comminationem interponeret de præstãdis legitimis vsuris eius pecunię, quę penes tutorem tunc temporis fuisse quandoque constare posset, Non dissimile est quod sequitur, *vel si moram depositioni fecit, & prætor irrogauit ei legitimas.* Nã neq; hoc casu pretor irrogat vsuras legitimas aut alias, quod nõ posset fieri nisi per condẽnationẽ, sed tantùm comminatur. Cęterùm cùm hi duo casus iã fuerint eodẽ sensu expressi in §. pręcedenti, non potest dici quid necesse fuerit eosdem repetere in hoc §. prę sertim cùm nihil habeant cõmune cum proposita illa quęstione, quęnam sint vsuræ pupillares. Idémq; dicendũ est de alio casu qui sequitur in illis verbis. *sed etsi dum negat aliquã quãtitatẽ penes se esse pupillis ad onera sua expedienda, imposuit necessitatẽ mutuam pecuniã legitimis vsuris accipiendi, tenebitur in legitimis.* Nã & hic quoque casus iam tractatus fuerat in §. pręcedenti, multóque minùs impropriè quàm supradictis verbis, quę pręseferunt pupillum ipsum & sua negotia expedire, & mutuam pecuniam sub legitimis vsuris perquirere, & accipere, quorum vtrumque falsum est. Ambo enim hæc, & diligentia & facto tutoris quamuis perfidi expedienda sunt non pupilli, qui sine tutore nihil agere potest. Planè quod sequitur *si à debitoribus legitimas vsuras exegit*, nouum casum continet, de quo nihildum fuerat dictum, & in quo manifesta est æquitas condemnandi tutoris in legitimas vsuras, quas ipse pupilli nomine exegerit. Sed habet tamen hoc etiam inepti, quòd non pertinet ad propositam illam quæstionem, quænam sint vsuræ pupillares: quam tandem sic concludit Tribonianus, vt nos quoque eam concludamus. *Ex cæteris causis secundum morem prouinciæ præstabit vsuras aut quincunces, aut trientes, aut si quæ aliæ leuiores in prouincia frequentantur.* Concludamus igitur Triboniani esse ista omnia, nec melius posse definiri vsuras pupillares quàm per negationem, vt pupillares sint, quæcumque non sunt legitimæ. Dummodò addamus si tamen sint consuetudinariæ. Legitimæ verò quæ maximæ *l. qui sine 38. D. de negot. gest.* id est vt supra explicauimus, centesimæ.

De tutelæ administratione cognoscebat olim iudex à prætore datus, non prætor.

Vsuræ pupillares quæ sint.

l. qui sine 38. D. de negot. gest.

ILLATIO XII.

De tempore ex quo tutor incipit debere vsuras pecuniæ pupillaris.

DVodecimò ex eodem Principio fit, vt vsurę à tutoribus non statim exigantur, sed interiecto duorum mensium tempore ad exigendas & collocandas pecunias *dicta lege tutor qui repertorium 7. §. vsuræ D. de admin. & peric. tutor.* Hoc enim temporis spatium & laxamentum visum est necessarium

l. tutor qui repertorium 7. §. vsuræ D. de admi. tutor.

esse etiam diligẽtissimo cuilibet patrifamilias, siue quòd per debitorum moram plerumque fiat ne tam citò pecunia debita possit exigi, siue quòd non tã facilè idonea nomina reperiantur, quę pupilli nomine contrahi possint, Cùm diligenter cauendum sit ne vsurarum maiorum dulcedine, quę ab inope offerantur, malum nomen contrahatur, aut è contrario dum locupletissimus debitor quęritur, maiorum vsurarum lucrum, quod tutò captari posset, pupillo eripiatur *l. ait prætor 10. § si quid in fraudem D. quæ in fraud. credit.* Quam ob causam primo tutelæ anno, non duo tantùm, sed sex menses tutori dantur & ad exigendos debitores, & ad pecunias collocandas *l. si tutor 15. D. de admin. & peric. tutor.* Sic enim lex illa concilianda est cum *d. §. vsuræ*, vt bene Cuiac. tractat *lib. 5. Obser. cap. 12. ex Nouell. Iustiniani 72. vt hi qui oblig. se haber. perhib. cap. 6. §. quoniam autem in fin.* vbi tamen Iustinianus corrigens hac parte ius vetus, constituit vt non imponatur necessitas tutori pecuniam pupillarem fœnerandi, sed eam duntaxat custodire teneatur. Vnde sumpta est *Auth. nouissimè C. de admin. tutor.* Obseruandum autem est quod addit Vlp. in *d. §. vsuræ*, hoc spatium seu laxamentum temporis quod tutoribus tribui solet, & in iudicio tutelæ seruari, non debere tribui tutoribus, aut curatoribus illis qui nummos impuberum, vel adolescentium in vsus suos conuerterunt. Isti enim nullo tempore indigent ad exigendas pecunias, quas sibi ipsi tãquam tutoribus soluere debuerunt, neque rursus ad eas collocandas, quas illi in suos vsus conuerterint. Alius etiam casus excipiendus est, si constet tutorem potuisse citius & pecuniã exigere & eandem collocare. Non enim erit impunita negligẽtia totius illius temporis quo tutor facere id quod potuit, & debuit, neglexit. Vt in specie *l. qui negotiationem 58. §. pupillo eod. tit.* vbi cùm pater proponeretur pupillo herede instituto filiam exheredasse, eique duo millia nummorum aureorum legasse, eosdémque tutores vtrisque dedisse, & quęreretur an ex eo die quo illa duo millia potuerunt tutores à substantia hereditatis exigere & in nomina collocare, id facere neglexissent vsurarũ nomine pupillæ tenerentur iudicio tutelæ, Respondet Scæuola teneri. Fuit namque in horum potestate, vt & à seipsis exigerent statim tanquam à tutoribus pupilli, & iidem soluerent sibi ipsis, tanquam tutoribus pupillæ. Neque in eam rem tempus vllum fuit necessarium, quod eis lex accommodare solet, vt diligentiæ spatium tribuat, non etiam vt negligentiæ prætextum quærat. Illud planè requiritur, vt potuerint pecuniam istam in nomina collocare, de quo facilè constare poterit, si fortè arguantur eodem tempore proprias pecunias bene collocasse, vt diximus illat. 10. ex *l. tutor 13. §. 1. eod. tit.*

l. ait prætor 10. § si quid in fraudem D. quæ in fraud. cred. *l. si tutor 15. D. de admi. & peric. tutor.* *Nouell. 72. vt hi qui oblig. se hab. perhib. ca. 6. §. quoniam autem.* *Auth. nouissimè C. de admin. tut.* *d. §. vsuræ.* *l. qui negotiationẽ 58. §. pupillo D. eod. tit.* *l. tutor 13. §. 1. eod.*

ILLAT. XIII.

De tutore qui exactas pupillaris pecuniæ vsuras suis vsibus retinuit.

DEcimotertiò ex eodem Principio fit, vt si vsuras exactas tutor, vel curator vsibus suis retinuerint earum quoque vsuras agnoscere illos oporteat *d. l. tutor qui repertorium 7. §. si vsuras eod. tit.* Nam & hoc ad diligentis patrisfamilias curam officiúmque pertinet, vt exactas vsuras in sortem redigat, vt nouas vsuras parere possint; quas parere nùmquam possunt quandiu vsuræ manent *l. vlt. C. de vsur.* ideóque parui refert an tutor, vel curator sortem pupilla-

d. l. tutor qui repertorium 7. §. si vsuras eod. tit. *l. vlt. C. de vsur.*

pilla-

pillarem in vsus suos conuerterit aduersus constitutiones, an verò vsuras quas in sortem redigere potuit & debuit, si officio suo bene fungi voluisset. Quò pertinet species tractata per Scæuolam in *d.l.qui negotiationem* 58. *§. 1.eod. tit.* Ex duobus inquit, tutoribus pupilli altero defuncto, adhuc impubere pupillo, qui supererat consecutus est ex persona pupilli sui iudice accepto, quantum ex tutela ad tutorem defunctum peruenerat, cum vsuris. Quæsitum est, iudicio tutelæ, quo experitur pubes factus vtrum eius tantùm portionis quæ ab initio ex tutelæ ratione peruenerat ad defunctum contutorem vsuræ veniant, an etiã eius summæ quæ vsuris extortis pupillo aucta, post mortem eius ad superstitem æquè translata sit cum sorte, aut transferri debuit. Respondet Scæuola si eam pecuniam in se, id est in vsus suos vertisset, omnium pecuniarum hoc est vsurarum quoque vsuras præstandas. Quod ita proculdubio accipiendum est, vt legitimas & maximas vsuras præstet. Aliter atque si pecuniam pupilli à contutoribus suis mutuam accepisset, eóque nomine cauisset & certas vsuras promisisset, quas & alij debitores pupillo dependerent. Is enim vsuris maximis non esset subiiciendus, quia hic sibi non consumpsit pecunias quarum nomine cauit contutori, nec clam nec quasi sua pecunia licenter abutitur: Et nisi his vsuris à contutore mutua ei data fuisset aliunde accepisset, inquit Tryph. in *l.non existimo* 54. *D.eod.* vbi addit multùm referre palam apertéque debitorem se vt extraneum & quemlibet faceret pupillo an sub administratione tutelæ pupillique vtilitate latenter sua commoda pupilli pecunia iuuaret. Minor enim aut potiùs nulla doli præsumptio est contra eum qui palam aliquid facit, ne tum quidem, cùm delinquit *l.5 §.sanè si ipse* D.*de autor. & cons. tutor. l. cùm ipse* 5.*C.de contr.empt.l.vltim.D.de rit.nupt.* At si pecunia in specie Scæuolæ mansisset in rationibus pupilli, præstare tutor deberet quod bona fide percepisset, aut percipere potuisset, si fœnori dare cùm potuisset neglexisset (sic enim apud Scæuolam legendum est *si* pro *sed*, cùm id quod ab alio debitore nomine vsurarum cum sorte datur ei qui accepit totum sortis vice fungatur, vel fungi debeat.

d.l.qui negotiationem 58.§.1.D.de adm. tutor.

l.non existimo 54.eo.tit.

l 5 §. sanè si ipse D.de aut.& consens.tutor.l. cùm ipse 5. C. de contr. empt. l. vlt. D. de rit. nupt.

Emendatur Scæuola.

ILLATIO XIV.

De tutore condemnato pro contutore.

DEcimoquartò ex eodem Principio fit, vt si tutor pro contutore condemnetur, puta quòd suspectum eum facere supersederit etiam in vsuras condemnandus sit *d.l.tutor qui 7.§.penult.* Haberet enim hoc commodum pupillus si tutor talem diligentiam in re pupillari aduersus cõtutorem adhibuisset, qualem diligens paterfamilias suis rebus proculdubio adhiberet. Nec enim pateretur administrari eas ab illo, cuius fidẽ vel industriam suspectam haberet. Quantas verò vsuras huius pecuniæ præstare cogetur? Eas demum, quas etiam suæ administrationis præstare cogitur, quæ quales sint diximus vndecima illatione. Planè si nihil possit imputari contutori qui tutelæ iudicio conuenitur, numquam ex contutoris persona ad vsuras condemnandus est, id est ad vsuras eius pecuniæ quam contutor ipse debet *l.2.C.de vsur.pupillar.* qui locus etiam probat nihil aliud esse quod tutori hac in re possit imputari nisi si cessauerit in contutore suspecto faciendo.

d l.tutor qui 7.§. pen. de adm. tutor.

l.2.C.de vsur.pupill.

ILLATIO XV.

De vsuris præstandis etiam post finitam tutelam in diem vsque tutelæ restitutæ.

DEcimoquintò ex eodem Principio fit, vt etiam post finitum officium tutelæ siue pubertate, siue morte pupilli, vsuras nihilominùs debeat tutor in eum vsque diem quo tutelam restituit *d.l.tutor qui §.vltim.* quia cùm vsuræ propter moram non soluentium infligantur *l. cùm quidam* 17. *§. si pupillo de vsur.* mora verò duret quousque solutum sit, apparet sufficere moram semel contractam esse vt vsuræ perpetuò debeantur *l.Titia Seio* 87. *§. vsuras de leg.* 2. Nam & diligens paterfamilias quilibet in suis rebus ita statueret vt si quam in pecunia sibi debita moram passus esset eius pecuniæ vsuras in diem vsque solutionis præstari sibi vellet. Idque adeò verum est vt etiamsi morte ipsius tutoris vel curatoris finita sit tutela vel cura, non eo minùs tamen ipsius heres easdem vsuras debiturus sit quas tutor ipse vel curator si viueret, deberet, cùm defuncti mora moræque effectus transeat in heredem *d.l.tutor qui 7.§.pecunia* vbi scriptum est pecuniæ etiam quæ in arca fuit, heredes quoque curatoris tandiu præstare vsuras, quandiu non interpellauerint vt loco defuncti nouus curator constituatur: quamuis defunctus curator hoc casu in mora fuisse non proponeretur. Obligatio namque illa tutoris & curatoris vt in rebus pupilli vel adulti diligentiam talem adhibeat qualem in rebus suis adhiberet, transit etiam ad ipsius heredem quamuis nec tutela nec cura transeat, quousque id egerit vt se exoneret alio tutore vel curatore substituto. Multò magis admittendum est, quod Paulus respondit in *l. Lucius* 46. *§. quæsitum eod. tit.* eius pecuniæ qua tutor vsus est post finitam quoque tutelam & administrationem in diem vsque accepti iudicij easdem vsuras præstare eũ debere: & eas ipsas quæ in tutelæ iudicio computantur. Plus enim quàm moram fecisse videri tutor debet, qui etiam deliquit conuertendo in vsus suos pecuniam pupillarem aduersus constitutiones.

d.l.tutor qui repertorium 7.§. v't. De admin. tut. l. Titia Seio 87.§. vsuras de legat. 2.

d.l. tutor §. pecunia.

l. Lucius 46. §. quæsitum eod. tit.

ILLATIO XVI.

De expectando interdum die in quem debeatur pecunia credita per tutorem.

DEcimosextò ex eodem Principio fit, vt si tutelæ agat is cuius tutela administrata est, nonnunquam dicendum sit expectandam diem in quam credita pecunia debeatur, Scilicet si tutor pecunias crediderit pupilli nomine, quarum exigendarum dies nondum venerit, sed hoc ita demum si potuit & debuit tutor credere. Nam si non debuit fortassis egeno minúsve idoneo debitori, aut cùm pupilli interesset, vt ea pecunia potiùs in comparationem prædiorũ, aut in æris alieni sub grauioribus vsuris debiti exsolutionem conuerteretur, nihil causæ est cur non statim condemnari tutor debeat, qui non fecerit quod alius quilibet diligens paterfamilias in re sua facere debuisset *l. si tutela* 8. *eod. tit. De admin. tutor.* Extra hunc casum expectandum est vt venerit tempus exactionis, Ne alioqui noceat tutori, quod officium suum impleuerit ea faciendo in re pupillari quæ diligentis patrisfamilias more in re sua fecisset.

l. si tutela 8. eod. tit. De admin. tut.

ILL.

ILLATIO XVII.

De tutore stipulante in fœneranda pecunia pupillari.

DEcimoseptimò ex eodem Principio fit, vt quoties tutor pecuniam pupillarem dat fœnori, quamuis interponendæ stipulationis ordo ille esse debeat, vt primùm pupillus ipse si fari possit stipuletur, vel quod idem est, seruus pupilli, si verò neque pupillus eius ætatis erit vt stipulari possit, neque seruum habebit, tunc ipse tutor quive in eius potestate est, nomine pupilli stipulari debeat, ita vt actio vtilis pupillo ex eiusmodi stipulatione competat, Si tamen absens sit pupillus, tutorem ipsum oporteat suo nomine stipulari *l. quoties 9. in princip. eod. tit.* De *admin. tutor.* Quid enim aliud dici fierive possit, vt videatur tutor eam diligentiam in rebus pupilli adhibere quam in suis adhiberet? Nónne proprio nomine stipularetur potiùs quàm vt pecuniam relinqueret ociosam? Indéque nimirum est quod tutor qui pecuniam pupillarem suo nomine fœnerauit, non idcirco eam in suos vsus videtur conuertisse *l. Lucius 46. §. tutorem eod.* cùm id fecerit quòd pro pupilli sui vtilitate facere non solùm semper potest, sed etiam vel inuitus aliquando cogitur nisi malit seipsum vsuris onerare. Cur verò etiam hoc casu quo pupillus absens est, nõ dicimus tutorem nomine pupilli debere stipulari sicut & cùm pupillus fari non potest? Nẽpe quia esset id magis alienũ à ratione iuris vt stipulatio quæ inter absentes cõtrahi nequit non tantũ à tutore fieri posset, verùm etiam nomine pupilli absentis. Cùm pupillus præsens est licèt stipulari nequeat quia fari non potest, non magis quàm si absens esset, minus tamen receditur à iuris regula, quia & in cæteris personis id euenit vt cùm procuratori pręsentis aliquid promittitur vtilis actio ex stipulatu domino acquiratur *l. si procuratori 79. D. de verb. oblig.* Quidni ergo vtilem actionem habebit pupillus ex stipulatione tutoris sui, qui plusquàm procurator est? Sed vt procuratori absentis actio vtilis ex procuratoris stipulatione acquiratur inauditum est extra casum interpositæ stipulationis iudicatum solui, siue à procuratore ipso interposita sit, siue contra procuratorem *l. in causæ 27. §. vlt. cum l. seq. D. de procurat.* de cuius sententia & emẽdatione scripsimus in Rationalibus. Nullo igitur casu potest actio directa quæri pupillo ex stipulatione tutoris siue pupilli ipsius nomine stipuletur, siue ipsi pupillo. Quos duos casus tãquã diuersos notat Bart. nec malè, quãuis eundẽ habeant effectum. Tutori enim semper licuit stipulari nomine pupilli: at stipulari pupillo nominatim vt posset non nisi vtilitatis causa receptũ est, vt & actori ciuitatis stipulari municipibus permissum est, itémque curatori furiosi vel adolescentis stipulari furioso vel adolescenti *l. eum qui 5. §. si actori* D. *de constit. pec.* quia multò difficilius fuit, vt his casibus permitteretur valere stipulationẽ quę in alterius personam nominatim collata esset. Ceterũ siue tutor stipuletur pupilli nominè sibi ipsi, siue pupillo, non magis actio directa potest quæri pupillo, quàm si proprio suo nomine tutor stipularetur. Quid ergo? Vtilis tantũ ea actio futura est vt in hac l. scribit Vlp. ex Iuliano, & in *l. 2. D. quand. ex fact. tutor.* Ideóque prudentius facit tutor qui hoc agit quantum potest vt actio directa pupillo acquiratur, quia semper certius est & tutius habere actionẽ directam quàm vtilem, cùm de vtili quæ ipso iure non cõpetit dubitari probabiliùs possit an danda sit, Quamuis ex quo data est eiusdem vtilitatis sit cuius & directa eundémque habeat effectum *l. actio 47. D. de negot. gest.* Hîc obseruãdũ

l. quoties 9. in princ. eo. tit.

d. l. Lucius 46. §. tut. rẽ eod.

l. si procuratori 79. De verb. oblig.

l. in causa 27. §. vlt. cũ l. seq. D. de procurat.

Stipulari pupillo nominatim & stipulari nomine pupilli differunt.

l. eum qui 5. §. si actori D. de constit. pecun.

l. 2 D. quãd. ex fact. tut.

l. actio 47. D. de negot. gest.

Vulgata lectio emendata. est verba illa *nequaquam ambigendum est*, à quibus inchoat Bart. §. sequentem ad huius principij finem pertinere, quod & lectio Florentina docet, & quod §. sequens sine iis verbis suam habet perfectámque sententiam.

ILLATIO XVIII.

De periculo tutoris simpliciter dati, etiam circa id quod postea accessit patrimonio pupilli.

DEcimooctauò ex eodem Principio fit, vt qui simpliciter datus fuit pupillo tutor vel curator si quid postea augmenti accesserit, non eo minus periculum augmenti præstare teneatur, quod specialis ad augmentum datus sit curator. Nec enim specialis hæc datio facit quin ipsa etiã augmenta pertineat ad curam priorum ad quos scilicet omnis vtilitas pupillorum debet pertinere *d. l. quoties 9. §. vlt.* quia cùm dati sint personæ non rebus ipsis nisi in consequentiam personæ, fieri nequit vt non debeat tutor in toto patrimonio administrando præstare officium diligentis patrisfamilias, nõ magis quàm vt quod superuenit patrimonium ipsum pupillum non sequatur, cuius est, siue igitur ad augmẽtum datus sit specialis curator, communicatur periculum ipsius cum prioribus, siue datus non sit, tenentur administrationis necessitate ij qui antea dati fuerunt. At non similiter possit quis è contrario dicere, cum qui ad augmentum datus sit, administrare bona pristina compellendum *d. l. quoties §. constat.* quia non sicut patrimonium superueniens sequitur caput pupilli quod est in potestate tutorum præcedentium, ita dici potest patrimonium præcedens sequi augmentum quod superuenit. Augmenti namque est sequi, non immutare naturam sui principalis *l. inter 26. §. cùm inter D. de pact. dotal. l. etiamsi 8. C. de iur. dot.* Certè si curator hic ad augmentum datus supersederit suspectum facere priorem tutorem vel satis ab eo exigere, tenebitur vt scriptum est in *d. §. constat*, quia cùm huius augmenti periculum ad priores quoque tutores pertineat, vt diximus, qui porrò pristinorum bonorum periculo quod ab initio susceperunt multò magis tenentur, non potest fieri vt curator specialiter ad augmentum datus benè officio suo functus videri debeat si à prioribus satisdationem non exegerit cósve suspectos non fecerit, cùm posset ac deberet, perinde acsi esset ipse contutor eorum in cæteris bonis quemadmodum sunt illi contutores ipsius in augmento. Vt enim suspectos quis facere alios possit, sufficit quòd sit contutor quódque aliquam habeat cum cæteris periculi societatem. Adeò vt etiam is qui à tutela tanquam suspectus remotus est, aliterve tutor esse desiit, non eo minùs possit suspectos alios facere quos aliquando habuit contutores. *l. 3. in princip. D. de suspect. tutor. l. etiam 14. D. de admin. tutor.*

d. l. quoties §. vlt.

§. constat d. l. quoties.

l. inter 26. §. cùm inter D. de pact. dotal. l. etiã si 8. C. de iur. dot.

l. 3. in princ. D. de susp. tut. l. etiam 14. D. de adm. tutor.

ILLATIO XIX.

De tutore erogante ex bonis pupilli quod erogaturus non esset ex suis.

DEcimononò ex eodem Principio fit, vt non debeat licere tutori respectu prætextúque existimationis pupilli erogare ex bonis ipsius quod ex suis non fuisset honestissimè erogaturus *l. cùm plures 12. §. 1. eod. tit. De admin. tutor.* Id est, Excepto eo casu quo id quod pupilli nomine tutor erogauit tale sit vt non nisi valde inhonestè turpissiméque facturus fuerit si tantundem ex suis in re pro-

l. cùm plures 12. §. 1. eod. tit.

re propria non erogasset. Hoc enim ipsum est diligentis patrisfamilias officiũ præstare. In alienis rebus ita se gerere quomodo in suis se gereret diligenter, & ad honestum vsque modum. Semper enim & in omnibus honestus modus seruandus est *l. ex damni 40. in princip. D. de damn. infect.* præcipuè verò in tractandis alienis *l. si constante 24. §. si maritus D. solut. matr.*

ILLATIO XX.

De ijs quæ facere tutor potest in re pupillari ex honesta liberalitate.

VIcesimò ex eodem Principio fit, quod Paulus subiungit in *d. l. cùm plures 12. §. cùm tutor eod. tit. De admin. & peric. tutor.* ad tutoris officium pertinere vt imprimis mercedes præceptoribus non quas minimas poterit, sed pro facultate patrimonij, & pro natalium dignitate constituat, cùm vt eleganter Paulus ait, non rebus duntaxat, sed etiam moribus pupilli præponatur. Sed & alimenta seruis, libertisque nonnunquam etiam exteris si hoc pupillo expediet præstabit, sollennia etiam munera parentibus cognatisque mittet, Nempe quoniam & diligens & honestus quilibet paterfamilias in re sua idẽ facere deberet, sed non dabit tutor dotem sorori, inquit Paulus, si ea ex alio patre nata sit, etiamsi aliter nubere non potuerit. Nam etsi honestè tamen non nisi ex liberalitate id fit cùm sororem ex alio patre natam dotare frater non cogatur vllo casu, id est nec si aliter nubere non possit. Hoc enim addendum est ad differentiam sororis consanguineæ, id est ex eodem patre natæ, quam dotare frater cogitur vno illo casu quo non possit illa honestè aliter nubere, sicut & de matre scriptum est in *l. neque mater 14. C. de iur. dot.* in illis verbis *nisi ex magna & probabili causa.* Pertinet enim ea res ad onus, & officium paternum vt non nisi ex paternis bonis dos filiæ constituatur quoties & quandiu possint illa sufficere *l. capite 19. D. de rit. nupt. l. vlt. C. de dot. promiss.* Atqui quod per tutorem fit ex liberalitate licèt etiam honestè fiat non tamen seruandum est nisi arbitrio pupilli postquàm is pubes factus erit, quia non in hoc tutores dantur vt ex bonis pupillorum liberalitatem exerceant, sed vt eorum res bene ac vtiliter administrent. Pupilli ergo voluntas hoc casu requirenda & spectanda est si tamen matri fortè aut sorori pupilli tutor ea quæ ad victum necessaria sunt præstiterit, cùm semet ipsa sustinere non posset, ratum id habendum est, Nec enim eadem causa est eius quod in eam rem impenditur, & eius quod muneris legatorúmve in debitorum nomine erogatur, inquit Caius in *l. tutor 13. §. vlt. D. de administr. tutor.* iunct. *l. 4. D. vbi pupill. educ. deb.* Alimentorum præbendorum necessitas oneribus menstruis atque annuis verecundiam quoque pulsantibus adstringitur *l. pecunia 8. D. de alim. & cibar. legat.* At nuptiale munus matri pupilli mittere necesse non est *l. 1. §. sed si nummis 5. D. de tut. & ration. distr.* vbi facetè Vlpianus ait non esse perquàm necessariam huiusmodi munerationem, pro ea re scilicet quæ pupillo nec honorifica valde nec vtilis videri possit. Neque tamen sufficit valde egentem fuisse matrem aut sororem pupilli, vt non possit imputari tutori, quod alimenta ei præstiterit, sed illud prætereà concurrere oportet vt filius in facultatibus positus sit, id est vt largas habeat facultates, quemadmodum in eiusdem legis §. præcedente

d. l. cùm plures 12. §. cùm tutor.

l. neque mater 14. C. de iur. dot.

l. capite 19. D. de rit. nupt. l. vlt. C. de dot. promiss.

l. tutor 13. §. vltim. D. de adm. tut l. 4. D. vbi pupill. educ. deb.

l. pecunia 8. de alim. & cibar. legat.

l. 1. §. sed si nummis D. de tutel. & rat. distr.

Vlpianus scribit. Nam nec patrem inopem aliàs filius alere cogitur, quàm si sit ipse in facultatibus *l. si quis* 5. *§. si impubes* D. *de agnosc. & alend. liber. l.* 2. 3. & 4. *C. eod.* An autem hac etiam parte id est cùm de alimentis agitur separanda sit soror consanguinea ab vterina, quemadmodum separandam esse diximus cùm tractatur de dote, dubitationis est. Sunt enim qui putent perinde separandam, quoniam parum differat causa dotis à causa alimentorum, Siue quòd dici soleat dotem succedere loco alimentorum, siue quòd dotis causa non minùs fauorabilis videri debeat, cùm etiam ad fauorem publicum spectet, & ad communem reipublicæ vtilitatem: sicut & exhibitio alimentorum sine quibus moreretur is qui aliunde habere alimenta non posset *l. necare* 4. D *de agnosc. liber.* Ego tamen contrà puto, Non solùm quòd supradicti iuris loci de sorore pupilli indistinctè loquantur: Verùm etiam quia tantò fauorabilior videri debet causa alimentorum quàm dotis, quantò minùs est pupillo damnosa & onerosa, tum quòd alimenta per partes præstari soleant, id est per singulos vel dies vel menses, cuiusmodi præstatio sicut magna habet incommoda ex parte eius cui fit *l.* 3. *D. famil. ercisc.* ita è contrario magna commoda ex parte illius à quo fit, Tum etiam quod ea pecuniæ quantitas quæ à tutore in alimenta sororis pupilli erogatur, numquam tanta sit quanta dotis esse deberet. Dotem namque tantam esse necesse est quantam velit is qui cum minore dote vxorem ducturus non fuit: Alimenta verò quæ à tutore erogantur tanta sunt & pro tanto tempore quanta & pro quanto tempore vult tutor, tandémque vel tutore ipso inuito finem accipiunt cùm tutela finitur, id est pupilli pubertate. Nec quod dotis causa æquè fauorabilis sit ad rem facit, cùm in hac quæstione illud potiùs inspiciendum sit, quid pupillo magis minúsve damnosum videri debeat vt faciliùs concedatur id demum quòd ei minùs damnosum inueniatur. Et quod dici solet, ab interpretibus nostris (nulla enim lex est quæ dicat) dotem succedere loco alimentorum, non eò pertinet vt eadem in omnibus dotis & alimentorum ratio constituenda sit, sed eò potius vt qui dotem dedit etiamsi ex iis personis sit, quæ alioquin præstare alimenta cogerentur, exinde tamen ad ea præstanda vrgeri non possit, quando nec aliam ob causam dotes dantur, quàm vt habeat maritus vnde vxorem communésque liberos alat *l. pro oneribus* 20. *C. de iur. dot. l. si is qui* 56. *§.* 1. & 2. *D. eod.* Ad hanc tamen sententiam nostram confirmandam nil facit quod Iulianus tractat in *dicta lege* 4. D. *vbi pupill. educ. deb.* Non ob id solùm quod eo loco Iulianus de sorore pupilli simpliciter loquitur, quo nomine etsi vtraque soror tam quæ vterina quàm quæ consanguinea sit continetur, in dubio tamen eam potiùs significari credendum est, quæ sit vtrimque coniuncta, vt, quod iactare nostri solent, verba omnia in potentiore significatu accipiantur, Sed etiam quia illius legis species & responsum specialem aliquam rationem habere videtur, petendam ex verisimili patris voluntate potiùs quàm ex solo fauore alimentorum. Eo siquidem loco proponebatur pater filium impuberem heredem instituisse, & filiæ dotis nomine cùm in familia nupsisset ducenta legauisse, nec quicquam præterea, & tutorem vtrique Sempronium dedisse: In qua specie dubitari non poterat, quin cogitasset pater de alimentis filiæ præstandis in id vsque tempus quo dotem legatúmve habere posset. Vnde enim alimenta eam habere interim vellet nisi ex hereditate?

l. si quis 5. *§. si impubes D. de agnos. & alend. liber. l.* 2. 3. & 4. *C. eod.*

l. necare 4. *D. eod.*

Differentia dotis & alimentorum.

Dotem succedere loco alimentorũ.

d. l. 4. *D. vbi pupill. educ. deb.*

tate? Aut quomodo aliquando in familia nubere vt legatum consequeretur, si non haberet interim vnde viueret? Aut denique quomodo eam viuere sine alimentis? Rursum quid attinebat ei tutorem dare si alimenta ipsi à tutore præstari nolebat pater? Nam cùm & personæ & bonorum administratio tutori competat, & quidem personæ principaliter *l. quia personæ* 14. D. *de testam.tutel.* rerum verò omnium per consequentiam *dict.l.cum plures* 12. *§.cum tutor* D. *de administr. tutor.* neque persona administrari potest sine alimentis, neque bona, quæ adhuc nulla sint, Ob eámque causam benè Iulianus respondet, etiamsi nihil de hoc magistratus decreuisset, huic tamen filiæ ex pupilli facultatibus à tutore alimenta præstari debuisse.

ILLATIO XXI.

De æstimando per tutorem modo seruorum qui sunt circa pupilli personam.

VIcesimoprimò ex eodem Principio fit, quod Caius scribit in *l. tutor* 13. *in princip.eod.tit. De admin. tutor.* tutorem secundum dignitatem facultatésque pupilli debere æstimare modum seruorum qui circa pupillum futuri sint. Nempe quoniam prudens & diligens paterfamilias quilibet, in familia sua constituenda idipsum faceret, modúmque & numerum seruorum suorum ex sua dignitate suisque facultatibus æstimaret, sicut & in cæteris omnibus fieri solet siue de sumptibus funeris agamus *l.si quis sepulchrum* 12. *§. sumptibus funeris* D. *de relig.& sumptib.funer.* siue de dotis constitutione *l. quaro* 60. *l.cum post* 69. *§.gener* D. *de iur.dot.*

l. tutor 13. *in princ.* D. *de adm. tutor.*

l. si quis sepulchrum 12. *§. sumptus funeris* D. *de relig.& sumpt. fun.* *l. quaro* 60. *l. cùm post* 69. *§. gener* D. *de iur. dot.*

ILLATIO XXII.

De tutore qui collegam suum non fecit suspectum.

VIcesimosecundò ex eodem Principio fit, quod Paulus ait in *l. etiam* 14. *eod.titul.* De *administr.& peric.tutor.* Etiam contutoris factum imputari collegæ si potuit & debuit suspectum facere, Adeóque interdum etsi debuit ab eo satis petere. Nec enim prudens quisquam & diligens paterfamilias res suas ab eo administrari pateretur, cuius siue fidem, siue industriam suspectam haberet, præsertim si non haberet sibi cautum idonea satisdatione. Eadémque ratio facit, vt tutor qui contutoris idoneum heredem conuenire pupilli nomine cùm posset, noluit, damni vicarius substituatur *l.tutores* 39. *§.antepen.eod.tit.* vbi Papinianus hunc ait esse similem ei qui non idoneum tutelæ tempore suspectum facere supersedit. Vtrique enim potest imputari negligentia quæ non caderet in patremfamilias diligentem *l. 2. in fin. D. de magistr.conuen.* Planè si contutor idoneus subitò lapsus sit facultatibus nihil est quod ei possit imputari collegæ qui eum suspectum non fecit, quia nec facere potuit *d.l.etiam.*

l. etiam 14. D. *de adm. tutor.*

l. tutores 39. *§. antepen. eod.*

l. 2. in fin. D. *de magistr. conuen.*

ILLATIO XXIII.

De eo qui tutor datus perperam se excusauit aut iniustè appellauit.

VIcesimotertiò ex eodem Principio fit, vt tutor vel curator cuius iniustà appellatio pronunciata erit, cuiúsve excusatio recepta non sit obligatus intelligatur non ex tempore pronunciationis, sed ex quo die accedere debuit ad administrationem *l. tutor vel curator 20. eod. tit. De admin. & peric. tutor.* Diligens enim & prudens paterfamilias numquam id facturus fuisset, cùm non leuis culpa sit contra iuris autoritatem mandatum tutelæ officium detrectare inquit, Papinianus in *d. l. tutores 39. §. tutor datus eod.* quo loco idem iuris constituit in herede tutoris creati, qui aduersus creationem ipsam prouocauerat, vt scilicet si post tutoris mortem victus sit in causa appellationis, præteriti quoque temporis periculum præstet, tanquam succedaneus culpæ & negligentiæ defuncti cuius personam hereditario iure repræsentat.

l. tutor vel curator 20. D. de adm. tutor.
l. tutores 39. §. tutor datus eod.

ILLATIO XXIV.

De actore constituendo interdum periculo tutoris.

VIcesimoquartò ex eodem Principio fit, vt periculo tutoris & decreto prętoris actor constitui soleat quotiescumque aut diffusa negotia sunt aut dignitas vel ætas aut valetudo tutoris id postulat *l. decreto 24. eod. tit. De adm. & peric. tutor.* Nimirum quoniam idem in re sua faceret diligens paterfamilias quisquis ex supradictis causis vel ex alia qualibet rebus suis superesse non posset. Nam & inde procuratorum & actorum vsus fluxit teste Vlpiano in *l. 1. §. vsus D. de procurat.* licèt eo loco de procuratoribus tantùm loquatur, quippe quorum vsus faciat ne actorum vsus necessarius videri possit. Procurator enim ab eo ipso constituitur cuius procurator fit, Actor autem ab alio quàm ab eo cuius actor est & plerumque à magistratu sed ipsius nomine. Frustrà verò quis se interponat ad faciendum nomine alterius idipsum quod alter ille per se commodiùs facere possit, ideóque Paulus in *d. l. decreto* subiicit *si tamen nondum fari pupillus potest, vt procuratorem facere posśit, aut absens sit, tunc actor necessariò constituendus est*, vt intelligamus non esse tractandum de actore in eo casu quo pupillus fari possit, quoniam tunc potest ipse constituere procuratorem vt & cætera omnia facere tutore ipso autore citra decretum & interuentum prætoris. Cur enim à prætore peteretur id quod sine prætore tutor facere posśit? *arg. l. imperatores 31. De reb. autor. iud. posśid.*

l. decreto 24. eod.
l. 1. §. vsus D. de proc.

ILLATIO XXV.

De tutore qui pupillum indefensum reliquit.

VIcesimoquintò ex eodem Principio fit, vt tutoris præcipuum officium esse dicatur ne pupillum indefensum relinquat *l. tutoris 30. De admin. tutor.* quia nec prudens quisquam & diligens paterfamilias seipsum indefensum relinquit. In eámque rem notabilis est Iustiniani constitutio in *l. vltim. Codic. eod.* vbi tutoribus vel curatoribus pupillos aut adultos suos

l. tutoris 30. D. de adm. tutor.
l. vlt. C. eod.

non

non defendentibus hanc pœnam imponit vt non solùm remoueantur tanquã suspecti & quod est consequens cum iactura existimationis, sed etiam ex substantia sua omne detrimentum quod pupilli, vel adulti ex defensionis recusatione sustinent resarcire cogantur. Hoc etiam addito vt ad curam matris & aliarum personarum quarum officio incumbit, vt tutores, vel curatores petãt, pertineat etiam curare & exequi, vt per datos tutores, vel curatores, pupilli adultíve rectè defendantur, aut vt alij tutores, vel curatores ordinentur. Sed & constituit ibidem Iustinianus vt inter cætera capita iurisiurandi à tutoribus, vel curatoribus præstandi, hoc specialiter exprimatur de præstanda defensione, Hactenus tamen vt tutor vel curator defensionem promittens non cogatur satisdare de rato aut de soluendo iudicato: sed tantùm iudicio sisti, in eámque causam obligare possit bona pupilli vel adulti etiam sine decreto.

ILLATIO XXVI.

De damno quod accidit pupillo ob cautiones soluti vectigalis non inuentas.

VIcesimosextò ex eodem Principio fit quod Modestinus respondit in *l. si ne herede* 32. §. 1. D. *eod.* Damnum si quod accidit eo quod cautiones soluti vectigalis inuentæ non sint, ad tutorem cuius admissa culpa nulla proponitur, minimè pertinere. Nec enim alius quilibet paterfamilias quantumuis diligens in rebus suis huic damno & incommodo mederi posset. Inculpatum igitur tutorem indemnem quoque manere æquum est quem damno affici iniquum esset. Quò etiam pertinet quod Hermogenianus scribit in *l. si res pupillaris* 50. *eod. tit.* Si incursu latronum res pupillaris pereat, vel argentarius cui tutor pecuniam dedit, cùm fuisset celeberrimus solidum reddere non possit nihil eo nomine tutorem præstare cogendum esse, Scilicet si in eo loco res pupillares erant quem diligens quilibet paterfamilias tutum credere potuisset, nec aliud quicquam sit quod tutori possit imputari. Fortuitos enim casus aduersus quos caueri & prouideri non potuit tutoribus vel curatoribus imputari non oportet *l. tutoribus* 4. C. *de peric. tutor.* Cæterùm si res pupillares quas in horreo reconditas habere, aut etiam venundare tutor debuit, in hospitio ipsius tutoris vi ignis absumptæ sint, culpam seu segnitiem tutoris ad ipsius damnum non ad pupilli dispendium spectare conuenit *l. si res* 3. *eod.* Licèt enim ponas casum incendij fortuitum fuisse nec tutoris culpam in eo vllam interuenisse, præcessit tamen culpa in eo quod casui fortuito expositæ manserunt res pupillares quas tutor in tuto collocare debuerat. Id enim alius quilibet diligens paterfamilias in re sua facturus esset.

l. sine herede 32. §. 1. D. *eod.*

l. si res pupillaris 50. *eo. tit.*

l. tutoribus 4. C. *de peric. tutor.*

l. si res 3. *eo*

ILLATIO XXVII.

De reddendis per tutorem fructibus qui ex fundo pupillari percipi potuerunt.

VIcesimoseptimò ex eodem Principio fit, quod idem Modestinus respondit in *d. l. sine herede* §. *Modestinus* 2. tutorẽ eorum redituum nomine ra-

d. l. sine herede 32. §. *Modestinus* D. *de admin. tutor.*

tionem pupillo reddere debere qui ex fundo bona fide percipi potuerunt. Bonus enim & diligens quiuis paterfamilias omnes fructus percepisset quotquot bona fide & honestè percipi potuerunt: Nam nec aliud est dicere, Fructus honestè percipi potuisse, quàm si quis pluribus verbis diceret, Potuisse percipi à prudente ac diligente patrefamilias.

ILLATIO XXVIII.

De tutore qui minus percepit à seruo pupillari quàm percipi bona fide ex fundo potuit.

d.l.sine herede vers. itē respondit.

Vicesimooctauò ex eodem Principio fit, quod sequitur apud Modestinum in *dicta lege sine herede versic. item respondit*, Si minus à seruo tutor percepit quàm bona fide ex fundo percipi potuit, quantum ex serui peculio seruari possit, eidem tutori proficere debere, & computari in eam quantitatem, in quam tutor pupillæ suæ sit obstrictus, Scilicet, inquit Modestinus, si non perdituro seruo administrationem tutor credidit. Nam quemadmodum prudens & diligens paterfamilias numquam crediturus esset pecuniam perdituro, Ita huic tutori esset imputandum cur administrationem tali seruo commisisset, ideóque pupillo magis quàm ei prodesse deberet, quod ex serui peculio seruari posset. Semper enim potest imputari ei, qui contrahit cum perdituro *l. quod si minor 24.§.restitutio D.de minor.* Et sub hac eadémque exceptione accipiendum est quod Papinianus scribit in *l.tutores 39. §.vltim. D.de administr. & peric.tutor.* quod adolescens retinuit aut retinere potuit de peculio serui actoris quem manumisit post cœptam ab eo administrationem in ratione postea reddenda curatori per iudicem accepto fieri oportere. Id enim non aliter verum est quàm si non perdituro seruo administratio commissa esse proponatur.

l.quòd si minor 24.§.restitutio D. de minor.
l.tutores 39. §.vlt.D. de admin. tut.

ILLATIO XXIX.

De tutore qui malam loci consuetudinem secutus soluit pro alio quod pupillus non debuit.

d.l.sine herede §.Lucius.

Vicesimononò ex eodem Principio fit, quod scriptum est in *ead.l.sine herede §. Lucius*, vbi tractat Modestinus de eo qui cùm esset coheres & curator sororis suæ & ex ea ciuitate in qua vsitatum erat ipsos dominos prædiorum non conductores onera annonarum, & contributionum temporalium sustinere, morem hunc & consuetudinem semper obseruatam secutus, & ipse pro communi ac indiuidua hereditate annonas præstitit. Et quærit Modestinus, An in rationibus dandis & reddendis opponi possit curatori quòd non rectè pro parte sororis tales impensas fecerit. Responde autem id demum curatorem adultæ reputare posse ex causa de qua quæritur, quod ipsa si rem suam administraret erogare compelleretur, Id est non posse in proposita specie huiusmodi expensas sorori reputari, quia nimirum quoties de rationibus reddendis tractatur, non tam quid tutor in re sua fecerit inspiciendum est, quàm quid prudens & diligens paterfamilias fuerit facturus. Vtique autem prudens paterfamilias non soluisset de suo annonas, quarum onus ex ratione iuris pertinet ad possessorem fructus percipientem

tem *l.in summa 6.C.de pign.*adeò vt nec valeat conuentio facta in contrarium, quantum ad ius fisci *l.inter debitorem 42.D.de pact.l.vlt.& tot.ti.C.sine censu vel reliq.* Nec tutorem hunc mouere debuit, aut factum ipsius excusare contraria consuetudo , cuius scilicet magna quidem vis & autoritas est,sed numquam tanta,vt vel rationem vincere possit vel legem *l.2.C.quæ sit long.consuet.*

l.in summa 6.C.de pign.

l.2.C.quæ sit long. consuet.

ILLATIO XXX.

De habenda ratione sumptuum à tutore in tutelam ipsam factorum.

TRigesimò ex eodem Principio fit, quod Principalibus constitutionibus declaratur,Sumptuum qui bona fide in tutelam fiunt rationem haberi solere,at non etiam eorum qui in ipsos tutores fiunt, Nisi ab eo magistratu qui tutorem dedit certum salarium ei constitutum est, inquit Callistratus in *l.à tutoribus 33.§.vlt. D.de admin.& peric.tutor.*Ratio est,quia non potest quisquã paterfamilias quãtumuis diligẽs res suas bene tractare quin faciat in eam rem sumptus necessarios,sine quibus inanis esset ac sine effectu diligẽtia.Satis igitur est præstari à tutore diligentiã,nec illud ab eo prætereà exigẽdum est,vt de suo pręstet sumptus quos in tutelam ipsam bona fide facere cogatur: quia neq; bona fides hoc patitur vt ex officii sui necessitate damnum vllum pecuniariũ subire sit ei necesse.Planè nec diligentiæ suæ pręcium exigere potest,nisi quod ab initio fuerit ipsi constitutum. Idque principalibus illis constitutionibus quas Callistratus refert bene cautum & prouisum fuit.

l. à tutoribus 33.§.vl. D.de admi. & peric.tutor.

ILLATIO XXXI.

De periculo nominum minùs idoneorum quæ tutor posterior à priore suscepit.

TRigesimoprimò ex eodem Principio fit,vt siue tutor,siue curator nomina quę iustè putat non esse idonea à priore tutore, vel curatore suscipere quidem cogatur,sed non tamẽ eorum exactionem periculo suo facere, quemadmodum Papinianus scribit in *l.tutor 35.D.eod.tit.De admin.& per.tutor.* Aliud enim longè est Diligentiam,aliud verò Periculum præstare.Diligentiam enim omnimodo præstare tutor cogitur, Periculum verò non nisi quod ab ipsius culpa & negligẽtia causam habeat.Porrò qui nominibus susceptis à priore tutore,vel curatore,nomina simpliciter & vltrò agnouit non coactus,is periculum in se transfert *l.qui nominibus 44.eod.tit.*Ita vt de eo nomine non possit prior tutor,vel curator conueniri *l.si probatum 19.D.de tutel.& ration. distr.* Benè igitur & prudenter tutor facit, qui nomina quæ non putat idonea suscipere recusat, vt appareat non nisi inuitum eum suscepisse, ne periculo se obstringat. Sed hoc ita si iustam habeat causam putandi non esse idonea. Alioqui si non subsit iusta causa id existimandi , nihil proderit tuotori vel curatori posteriori quod nomina suscipere detrectet , vt periculo se eximat, quod re vera nullum sit nisi cui futura ipsius negligentia causam sit datura. Tutoribus namque , vel curatoribus succurrendum hactenus est, ne ex officio suo damnum sentiant non vt negligentiæ, aut etiam perfidiæ suæ colorem quærant.

l.tutor 35.eo. tit.

l. qui nominibus 44. eod.tit.

l. si probatũ 19.D.de tutel. & rat. distr.

ILLAT. XXXI.

De curatore à patre inutiliter dato, qui se per errorem immiscuit administrationi.

TRigesimosecundò ex eodem Principio fit, vt curator à patre testamento inutiliter datus si per errorem impuberis negotiis se immiscuerit postea tutoribus aliis à prætore datis, periculum futuri tẽporis si postea nihil ille gesserit præstare non cogatur *l.tutores 39.§.1.D.eod.tit.De administr.& peric.tutor.* Diligentiam enim istam, quam paterfamilias in rebus suis ex bona fide præstare debet ab eo demum exigimus qui verè tutor aut curator est, non etiam ab eo qui per errorem putauit se talem cùm non esset *l.impuberi* 40. *eod.* Quamquam non vsque adeò sibi blandiri hic debet, vt putet nullam prorsus à se præstandam diligentiam. Debet enim curare vt verus & idoneus tutor à prætore constituatur, Ne fortè si rem cœptam deseruerit fraudis, vel culpæ causa condemnetur, vt subiicit Papin.in *§.seq.d.l.tutores.* Non enim bona erit comparatio si quis dicat eum qui se negotiis impuberis se immiscuit secundum patris voluntatem cùm non iure tutor datus esset, similem esse illi, qui vltrò negotium alienum gessit, cùm satis abundéque sufficiat, vel in vna specie per amici laborem domino consuli, vt ait Papinianus. Quod ipsum Imperatores tractãt in *l.tutori* 20.*C.de negot.gest.* Eodem pertinet quod idem Papinianus respondet in *§.curatores testamento* 9.*d.l.tutores*, Si curatores vel tutores testamento inutiliter dati, neque decreto prætoris confirmati negotia gesserint, Vice mutua periculum præstare cogendos, Non vti ne habeant beneficium diuisionis quod haberent etiamsi tutores verè fuissent, vel curatores, si modò tempore litis contestatæ fuerint soluendo, sed vt ex persona eorum qui soluendo non sunt cæteri onerentur, quomodo etiã in veris tutoribus & curatoribus contingeret. Cùm officium sponte, inquit Papin. citra iuris adminiculum inierint, & qui fuit idoneus decretum prætoris tutores vel curatores constituentis implorare debuerit, vt à se periculum arceret, Ex eo si quidẽ tempore desineret teneri, & solus ille teneretur, qui decreto prætoris legitimè tutor constitutus esset si modò solus ille administrasset. Quòd si adhuc in administratione perseuerasset is qui decretum implorasset, nihilominùs duntaxat eatenus teneretur, quatenus administrasset, nec veri tutoris periculum præstare teneretur is qui reuera tutor ipse non esset, cùm mutui periculi præstãdi ratio in eos cadere nequeat, qui diuerso administrationis officio funguntur. Planè si omnes decreto prætoris tutores, vel curatores cõstituti essent, alia ratio eos mutuo periculo adstringeret, Illa videlicet, quod imputari posset idoneo cur collegam minùs idoneum & negligentem suspectum non fecisset. At si omnes tutelæ reddendæ tempore soluendo reperirentur, nihil esset quod de mutuo periculo tractari posset, nec si ex ea causa fuisset cautum, siue fideiussoribus, siue pignoribus quicquam id prodesset *§.curatores adolescentis* 5.*d.l.tutores.*

l.tutores 39. §.1. De admin. tutor. l. impuberi 40.eod. d.l.tutores §.2. l.tutori 20. C. de negot. gest. d.l. tutores §. curatores testamento 9. d.l. tutores §. curatores adolescentis. d.l. tutores 39. in princ. de admin. tutor.

ILLATIO XXXII.

De tutore pupilli fideicommissarij qui non coegit heredem institutum adire.

TRigesimotertiò ex eodem Principio fit quod idem Papinianus tractat in *§.heres institutus d.l.tutores 39. D. de admin.tutor.* Heres institutus qui

qui non habebat substitutum, & rogatus erat hereditatem restituere fideicommissario pupillo, priusquàm hereditatem adiret, vita decessit, cùm hereditas in Italia esset, scriptus autem heres in prouincia decessisset, Ait Papinianus tutores prouincialium rerum culpæ nomine condemnandos esse, si causam testamenti non ignorantes, vtilitatem impuberis deseruerunt, id est si scientes fideicommissum pupillo relictum, heredem adire non coegerūt cùm possent cogere ex Pegasiano. Alius enim quilibet diligens paterfamilias ita fecisset, ex autoritate senatusconsulti, cui tum quoque locus est, cùm aliqua ratio vrgere videtur pro herede si periculum sit, vt semper est ne fideicommissum intercidat mortuo interim herede, vt in *l. ille à quo 13. §. 1. l. ita tamen 27. §. quoties D. ad SC. Trebell.* Nec tutores istos rerum prouincialium excusare illud potest, quòd in Italia esset hereditas, quæ proinde ad eorum curam pertinere non videbatur. Nam vt eleganter & subtiliter Papinianus respondet, hereditatis fideicommissum in prouincia restitui potuit, cùm restitutio possit fieri verbo etiam vbi nulla est res hereditaria *l. restituta 37. eod. tit.* atque ita fuisset expedita causa iuris, siquidem certum ius est fideicommissum semel restitutum postea intercidere numquam posse. Quin etiam sufficit aditam esse ab herede hereditatem, vt tota defuncti voluntas rata constituatur *l. si patroni 55. §. qui fideicommissum eod. tit.* licèt heres ante factam restitutionem decesserit, quia hereditatem ab heredis herede restitui nihil vetat quamuis senatuscōsultum de ipsius heredis rogati persona loquatur *l. quamuis 40. §. persona eod. tit.* In proposito itaque tutoribus rerum prouincialium hoc saltem imputari posse videtur, quare non coegerint heredem vt adiret, Quo facto potuisset quandocumque viuo pupillo restitui fideicommissum, siue in prouincia, siue in Italia, Post factam verò restitutionem, administratio hereditatis, quę fuisset in Italia ad rerū Italicarum tutores pertinuisset. Nihil enim commune habet causa iuris cum causa administrationis tutelæ, quæ non iuris, sed iurisdictionis est, vt ait idem Papinianus in *l. inter tutores 36. D. eod. tit. De adminiſtr. & peric. tutor.* Est autem valde notandus hic Papiniani locus contra eos qui putant fideicommissum esse substitutionem, & fideicommissarium vocant substitutum. Si enim ita esset implicaret contradictionem, quod Papinianus ponit, nullum fuisse datùm substitutum ei qui tamen rogatus fuerit de restituenda hereditate. Sed de eo dicemus latiùs & commodiùs ad *Tit. De vulgar. & pupillar. subst.* Non valde huic Papiniani responso dissimile illud est quod sequitur apud eundem Papinianum in *§. rerum prouincialium d. l. tutores*, Vbi ait rerum prouincialium tutores in vrbe causas appellationis impuberum agentes ad officium suū reuocare debere vt rerum Italicarum curatores impuberibus constituantur, Alioqui si priùs in prouinciam redierint dolum, aut culpā eorum in ea quoque parte iudicem rectè conuenturum, Eadem nimirum ipsa ratione quæ ex Principio nostro pendet, quod prudens paterfamilias, qui & Romæ, & in prouincia res suas haberet numquam id consilij sumeret, vt in prouinciam rediret nisi constitutis priùs in vrbe procuratoribus qui res Italicas administrarent. Nec quod rerum duntaxat prouincialium tutores isti essent, ad rem facit. Ea námque patrimonij diuisio tum etiam cùm à iudice fit ad causam administrationis pertinet, magis quàm ad causam tutelæ, nec eo minùs verum est tutores istos in potestate habere personam pupilli, & consequēter ad eos spectare curam bonorum pupilli omnium, non quidem vt administrent, sed hactenus

l. ille à quo 13. §. 1. l. ita tamen 27. §. quoties D. ad SC. Trebell.

l. restituta 37. eod.

l. si patroni 55. § qui fideicommissum eod.

l. quamuis 40. § persona eod.

l. inter tutores 36. D. de admin. tut.

d. l. tutores §. rerum prouincialium.

saltem, vt cum effectu curent constitui curatores ad eas administrãdas, ne qua ex parte pupilli patrimonium periclitetur: aut saltem vt postulent liberari se ab administratione ac periculo rerum in Italia constitutarum, vt in *l.nõ solùm 10.§.& qui in testamento* D.*de excusat.tutor.* quod tamen bonus iudex nunquam iis aliter indulgere debebit, quàm constitutis priùs in Italia procuratoribus, per quos res Italicæ ex pupilli vtilitate administrari possint. Quid ergo si patruus testamento tutor datus filio fratris, cùm in Italia domicilium haberet tam Italicarum quàm prouincialium rerum administrationem susceperit, atque ita pecuniã ex venditionibus Romæ refectam in prouinciã traiecerit, & in calendariũ pupilli conuerterit, deinde in ipsius locũ alius tutor Romæ substitutus sit? Ad quem huius pecuniç administratio pertinebit? Speciẽ hanc tractat idem noster Papinianus in *d.l.tutores §.patruus*, Et ait tutorem hunc in alterius locum Romæ substitutum non cogi suscipere administrationem pecuniæ quç non pertinet ad suam tutelam. Ratio dubitandi erat, quòd pecunia hçc refecta esset redactáq; ex venditionibus Romæ factis. Sed decidendi illa quod iam desierat illa ad Italicum patrimonium pertinere eo tempore quo tutor hoc Romæ substitutus fuit, cùm in prouinciale pupilli calẽdarium iam conuersa esset. Non enim diligentis patrisfamilias officio tutor in aliis rebus fungi cogitur quàm in iis quæ ad tutelam suam pertinent, dummodo non desit qui cæterarum curam, vel gerat, vel gerere debeat.

l.non solùm 10.§.& qui in testamento D.de excus.tutor.

d.l. tutores §. patruus D. admin. tutor.

ILLATIO XXXIII.

De eo quod periit communi negligentia tutorum, quorum alij gesserint, alij non gesserint.

d.l. tutores §. in eum.

TRigesimotertiò ex eodem Principio fit, quod scriptum est in *dicta lege tutores §.in eum*, vt quamuis in eum qui tutelam gerere noluit vtilis actio tutelæ non detur nisi post cæteros qui gesserunt, si quid tamen sit quod ex tutela non ad eos qui se negotiis miscuerunt, peruenerit, sed communi negligentia perierit citra substitutionis ordinem æqualiter omnium periculum spectet. Hoc enim casu is qui nihil omnino gessit conuenitur, non ex aliorũ facto, sed ex suo non facto, ac proinde ex culpa sua propria, cùm ex officio debuerit diligentiã prçstare non negligentiã in rebus pupilli. Cùmque æqualis sit omnium tutorũ negligentia & consequenter par & çqualis culpa, mirum non est inter eos non seruari ordinem illum substitutionis, qui seruatur cùm hic vnus non gessit, alij verò gesserũt. Tunc nãque maior culpa est eorum qui gesserunt quidẽ, sed negligenter, quàm huius qui nullomodo cùm possit negligentiã istius aliqua ex parte excusare quod pupilli rem ab aliis geri videbatur, quibus è contrario imputari multò magis potest, cur in gerẽdis pupilli negotiis eam diligentiam non adhibuerint quã bonus & diligens paterfamilias ex bona fide in re sua adhibere potuisset, Vnde etiã est quod in eos qui gesserunt directa actio cõpetit, in eum verò qui non gessit, vtilis tantùm, quia facilius & naturalius est, vt obligatiò nascatur ex facto, quàm ex non facto, soláque çquitas, & ferendi auxilij necessitas inducit vtilem actionem: quæ porrò necessitas nulla subest, cùm alij sunt, qui actione directa possunt conueniri. Etsi autem directa actio contra eos qui gesserunt nõ minùs competit pro iis quoque rebus quas per negligentiam non gesserunt, quia sufficit ad directam actio-

actionem inducendam, vt aliquid vel minimum ex tutela attigerint & administrare cœperint *l. 4. §. sed enim. D. rem pupill. salu. for.* Non tamen ea res liberat illum qui tutor factus tutelam gerere noluit, quominùs teneatur cum cęteris, qui gesserunt, & quidem citra ordinem substitutionis, cùm in eo quod gestum non est ęqualis culpa sit omnium qui gerere debuerunt, in eo verò quod gestum est maior culpa sit eorum qui gesserunt, quia plus peccat qui malè quàm qui nihil prorsus gerit. *l. 4. §. sed enim D. rem pupill. salu. for.*

ILLATIO XXXIV.

De beneficio diuisionis inter plures contutores qui non administrauerint, & soluendo sint.

TRigesimoquartò ex eodem Principio fit, quod idem Papinianus scribit in *l. si plures 38. D. eod. tit. De admin. tutor.* & Vlp. in *l. 1. §. nunc tractemus D. de tute. & rat. dist.* Si plures tutelam non administrauerint, & omnes soluendo sint, posse quidem singulos si in solidum conueniantur excipere periculi societatem tãquam eiusdem pecuniæ debitores, sicut si omnes administrassent *d. §. nũc tractemus*, nec electioni locũ esse hoc prætextu quod administrationis partes nullæ inueniantur: quia nõ sunt quærẽdæ partes administrationis quę nulla est, túncque locũ habet electio cùm omnes pariter administrarunt ita vt nõ possit sciri pro qua parte quis administrauerit *l. cùm interdicta 6. in fin. C. arbit. tute.* iunct. *l. vlt. D. rem pup. salu. for.* Sed si quidam ex his idonei non sint onerari proculdubio cæteros, vt in solidum conueniri possint, nec habeant beneficium diuisionis, Nec iniquè, inquit Papinianus, cùm singulorum contumacia damnum pupillo in solidum dederit. Ex quo infert nec pupillum actiones ei qui conuenitur in alterum pro parte scilicet præstare debere. Cùm enim propria cuiusque contumacia puniatur, qua fronte, inquit, poterit hoc desiderari? Nimirum quia nõ quælibet culpa, sed merè perfidia est, quoties tutor in re pupillari non præstat quicquid bonus, & diligens paterfamilias ex bona fide in rebus suis præstare deberet. Alienum autem est à ratione iuris, vt actionem quis ex sua improbitate vllo casu consequatur *l. itaque 12. §. 1. D. de furt.* Et vt addit Vlp. in *d. §. nunc tractemus*, proprij delicti pœnam hic subit. Quæ res indignum eum facit, vt à cæteris quid consequatur doli participibus. Nec enim vlla est, inquit, societas maleficiorum, vel communicatio iusta damni ex maleficio. *l. si plures 38. de admin. tutor. l. 1. §. nũc tractemus De tutel & rat. distr.*

ILLATIO XXXV.

De remissa per conuentionem culpa tutorum.

TRigesimoquintò ex eodẽ Principio fit vt ab eo qui restitutionis auxiliò non iuuatur, id est qui neque ætatem, neque vim, neque dolũ possit obtendere ad implorandam restitutionem, quæstio culpæ tutorum conuentione remitti possit, neque donatum hoc casu, sed transactum esse videatur vt idem Papinianus ait in *d. l. tutores 39. §. ab eo De admin. & peric. tutor.* Scilicet quoniã quæstio culpæ tutorum, non iuris, sed facti est, cùm tota in eo versetur. An tutor fecerit in re pupilli ex bona fide quicquid prudens & diligens paterfamilias in re sua facturus fuisset, Quæstio autem facti semper dubia & incerta est, *l. tutores 39. §. ab eo D. de admin. tutor.*

non ob id solùm quod à lubrica testium fide pẽdeat,sed ob id etiam quod arbitrio ac religioni iudicantis committatur *l.1.§.1.versic.& quamuis D.ad SC. Turpill.l.ordine 15.D.ad municip.* Ideóque iustam semper materiam transactionis præbet,cùm sufficiat metus litis *l.2.l.de fideicommisso* 11. C.*de transact.* *l.1.C.de pact.* Rectè autem Papinianus *ab eo qui restitutionis auxilio nõ iuuatur*, quoniam qui in ea causa est,vt in integrum restitui possit,siue propter ætatem siue propter vim,aut dolum, aut quam aliam huiusmodi causam, non minùs contra transactionem restituitur,quàm contra donationem *tot.tit.*C.*si aduers. transact.* Itaque in istorum persona transactionis eadem, quæ donationis ratio est:At non similiter in persona maioris,qui restitutionis auxilium implorare non possit. Nam maioribus quoque succurritur interdum aduersus donationem,vt puta si excedat illa modum lege Cincia pręstitutum,quod innuit Paulus in *l.penult.in fin.*D.*de donat.* post Papinianum nostrum in *l. Aquilius 27.eod.tit.* At contra transactionem numquam maioribus subuenitur, nec vllus transigendi modus præscriptus est,dum ne quid dolo malo,aut aliter contra leges fiat *l.causas 16.l.si maiores 25 & pass.C.de transact.*

ILLATIO XXXVI.

De non compensanda negligentia tutoris cum diligentia patris.

TRigesimosextò ex eodem Principio fit,vt si impuberis pater nomina fecerit vsuris maioribus, quorum periculum postea factis debitoribus nõ soluendo adscriptum sit negligentię tutorum potiùs quàm auiditati patris,qui dulcedine vsurarum quod plerumque fit secutus sit malum nomen, vt in *l. ait prætor 10.§.si quid in fraudem D.quæ in fraud.credit.* cogatur quidem impubes actionem calẽdarij præstare in inopem debitorem,siue quod sine vllo suo dispendio id facere pupillus possit *l.in creditore 38. D. de euict.* siue quod non multum commodi ex inani actione sperare impubes possit *l.nam is 6. D. de dolo*, sed tamen exactas vsuras etiam tutelæ tempore possit pupillus retinere, adeóque quod magis est citra vllam compensationem,id est ne quidem compensato eo quod vsurarum nomine perceptum est, cum eo quod à tutoribus ex tutelæ causa debetur, At neque eo quod plus fuit in maioribus illis vsuris, quàm futurum erat si meliore condicione,ac minoribus vsuris melius nomen eligere pater voluisset: Quia vsuræ quidem exactæ debentur ex patris conuentione cuius commodum filio eripi,vt transferatur in tutorem qui hoc nomine nihil præstat,æquum non est.Quod verò tutores debent ex ipsorum negligentia profectum est, cuius compensationem cum patris diligentia fieri non oportet.Hæc enim Papiniani sententia & ratio esse mihi videtur in *d.l.tutores 39.§.negligentiæ 14.*D.*de admin.& peric.tutor.* vbi tota dubitandi causa erat,quia videbatur relinquẽdum tutoribus commodum omne quod ex iis nominibus percipi poterat,quorum ipsi periculum præstarent si modò nihil abesset pupillo neque sortis nomine,neque vsurarum pupillarium quas ex causa tutelæ præstari moris est etiamsi essent illæ minores , quàm de quibus pater conuenerat.

l.pen. in fin. l. Aquilius 27.D.de donat.

Dulcedo vsurarum.

d. l. tutores 39.§. negligẽtiæ 14. De admin. tut.

ILL.

ILLATIO XXXVII.

De curatore qui per negligentiam, non transtulit ad se reliqua tutorum.

TRigesimoseptimò ex eodem Principio fit, vt si adolescens acceptis curatoribus egerit aduersus tutores à quibus curatores tutelam ad se per negligentiam non transtulerant, nec ab iis totum seruare potuerit, actionem eo nomine habeat contra curatores, *d. l. tutores §. adolescens.* Non enim diligentis patrisfamilias munus implet curator, qui tutorem inopem minúsque idoneum in tutela perseuerare patitur, cùm officium tutorum curatoribus constitutis finem accipiat, exindéque omnia negotia quæ inita sunt ad fidem curatorum incipiant pertinere *l. à tutoribus 33. §. 1. eod. tit.* Vnum tamen illud in proposita specie huic adolescenti obstare videbatur, quod agendo cum tutoribus, actionem negotiorum gestorum quam aduersus curatores exercere potuerat consumpsisse intelligeretur, vt euenit plerunque vnius actionis electione aliã consumi *l. cùm filius 76. §. varijs de legat. 2.* Sed hoc Papinianus negat, contenditque saluam manere actionem adolescenti aduersus curatores, idque optima & eleganti ratione: neque enim tutelæ, inquit, iudicio consumptum videtur quod alterius officij querelam habuit, id est quod ex alterius officij causa ideò deberi cœperit, quia seruari per actionem contra tutores institutam non potuerit. Absurdum enim esset perire & consumi actionem ex ea ipsa causa ex qua vel nascatur, vel saltem adiuuetur.

d. l. tutores §. adolescẽs.

l. à tutoribus 33. §. 1. eod.

l. cùm filius 76. §. varijs de legat. 2.

ILLATIO XXXVIII.

De tutoribus conuentis pro contutore non soluendo, qui actus sui rationem reddere vetitus est.

TRigesimooctauò ex eodem Principio fit, quod idem Papinianus tractat in *l. qui plures 41. D. eod. tit.* De *admin. & peric. tutor.* si is qui plures tutores habuit vnum ex ipsis qui soluendo non fuit, actus sui rationem reddere vetuerit, neque tamen ipsi reliquerit & legauerit liberationem eius quod ex tutela perceperit, aut dolo malo contraxerit, contutores qui suspectum istum facere neglexerunt, ex culpa propria rectè conueniri posse. Quid enim est quod possit eos excusare, cùm eam diligentiam in rebus pupilli non præstiterint, quam bonus & diligens paterfamilias in rebus suis præstitisset? Planè si tutor esset legatarius, id est si proponeretur legata ei liberatio eorum omnium quæ ex tutelæ causa debuisset, sicuti non teneretur ex culpa, quæ testamento ei remissa esset, ita neque ex ipsius persona contutores teneri possent, absurdúmque esset cogi eos soluere pro contutore iam liberato. Quid? An non plenæ liberationis legatarius est is, quem testator iussit esse ἀνυπεύθυνον & actus sui rationem reddere vetuit? Minimè verò, quia neque testamento, neque alia qualibet vlla cautione potest ius publicum infringi, ex cuius autoritate quisquis tutor fuit, & ex ea causa de pupilli bonis aliquid retinuit, vel dolo malo quid gessit condemnandus est eo nomine. Nec aliud ei remedium testatori superest si tutorem ex hac quoque causa liberare velit quàm vt damnum omne, quod ex tutela senserit ei relinquat legati aut fideicommissi iure *l. ita autem 5. §. Iulianus, aliàs l. quidam decedens eod. tit. De administr. & peric. tutor.*

l. qui plures 41. D. de adm. tutor.

l. ita autem 5. § Iulianus aliàs l. quidam decedens eod. tit.

Maligna enim & iniqua esset illa interpretatio per quam dolus remissus diceretur, Abundéque sufficit ei qui rationem reddere vetitus est vt à scrupulosa & nimis curiosa inquisitione liberatus intelligatur *l. si seruus vetitus* 119. *De legat.* 1. *l. si quis rationes* 9. *l. Aurelio* 20. §. 1. *D. de liber. legat.* Atque ita fortasse hic Papiniani locus accipiendus est. Sed tamen mihi subtilius cogitanti videtur ille sensisse nescio quid elegantius, Nimirum tutorem hunc, qui rationem actus sui reddere vetitus est, hoc ipso quidem esse legatarium liberationis hactenus vt si quid per negligentiam, & culpam admiserit aut omiserit dummodò citra fraudem & dolum, id ei totum testamento remissum intelligatur: Sed non eò minùs futurum vt ex ipsius dolosa administratione contutores eius & conueniri & condemnari debeant, licèt nihil ipsi dolo fecerint, nec nisi culpa & negligentia iis imputari possit, quod suspectum facere supersederunt, quia neque liberatus ille est, quominùs doli sui rationem reddere teneatur. Sic fit, vt contutores conueniantur ex culpa propria pro eo qui ipse culpæ propriæ nomine non tenetur: At non pro ea re quam non debeat is pro quo conueniuntur: Qui enim dolus est in persona legatarii, culpam inducit in personis contutorum quibus imputatur, quare dolosum tutorem suspectum non fecerint, quamuis ipsi dolo careant. Itaque non est deterior ipsorum condicio quàm tutoris legatarii, tametsi conueniantur isti ex culpa, ille ex dolo tantùm: quæ sola erat apud Papinianum ratio dubitandi: cùm circa eandem pecuniæ quantitatem & culpa istorum & dolus illius versetur, parúmque referat an quod à contutoribus pro contutore legatario præstatur, debeat ille doli aut culpæ titulo, dummodo reuera debeat. Nam cogi eos præstare pro alio, quod alius ille non deberet, absurdum sanè esset ac improbum *l. si pupillus* 45. *eod. tit.* Idque demonstrat optimè ratio qua vtitur Papinianus, *quoniam*, inquit, *eius liberatio quod ex tutela percepit, aut dolo contraxit, non est relicta*, hoc est quia legatarius hic non eo minùs remanet debitor, cùm non vsque adeò plena liberatio sit ei legata vt nec doli nomine teneatur: quod si factum fuisset, vtique non ipsi tantùm sed & contutoribus eius, legatum profuisset, quantumuis negligentibus in eo quod suspectum contutorem facere supersedissent.

l. si seruus vetitus 119. *de legat.* 1. *l. si quis* 9. *l. Aurelio* 20. §. 1. *D. de liber. legat.* *Sensus d. l. qui plures.*

l. si pupillus 45. *eod.*

ILLATIO XXXIX.

De periculo nominis quod post pupilli mortem desiit esse idoneum.

TRigesimononò ex eodem Principio fit, vt cùm post mortem pupilli desinit esse nomen idoneum tutor periculo eximatur *l. cùm post mortem* 43. *in princip. eod. tit. De admin. & peric. tutor.* Nam cùm morte pupilli tutela finiatur, nec tãtùm tutela, sed etiam fauor pupilli cuius persona meruit præcipuum fauorem, vt Papinianus scribit in *l. ex pluribus* 42. *eod.* consequens est vt ex quo die pupillus defunctus est, nihil iam supersit, quod tutorem obligare possit vt in rebus pupillaribus eandem diligentiam præstare debeat quam bonus & prudens paterfamilias in rebus suis præstaret. Illa planè ratio sufficeret, quod tutela morte impuberis finiatur. Nã & similiter finitur pubertate, & ob id liberatur tutor quominus cogatur præstare periculũ nominũ quæ post pubertatẽ idonea esse desierunt *l. tutores* 39. *in pr. eod. tit.* Non quòd officium tutorum finita tutela, finem accipiat ante curatores constitutos *l. à tutoribus* 33. §. 1. *eod.* sed

l. cùm post mortem 43. *in princ. eod. tit.* *l. ex pluribus* 42. *eod.*

d. l. tutores in pr. l. à tutoribus 33. §. 1. *D. eod.*

eod. sed quia, vt eleganter Papin. ait in *dict. l. tutores*, actionem inferre non potest tutor qui per pupilli sui pubertatem tutor esse desijt, nimisque absurdum & iniuriosum esset imputari ei qui agere deficiente iure nullomodo potuit, cur non egerit, siquidem agere sine actione nemo potest *l. si pupilli 6. §. vltim. De negot. gest.* In cæteris tamen rebus quas tutor administrauerit, & quæ facti magis sint quàm iuris, tutelæ actio contra tutorem durabit, quamuis non nisi per errorem offi. ii in connexa tutelæ administratione perseuerauerit, quia licet finiatur tutela pubertate, non tamen finitur officium tutelæ, nec proinde periculum tutoris quousque curatores accepti sint *l. tutor 11. C. arbitr. tutel. & dict. l. à tutoribus §. 1.* Viuo scilicet pupillo: Nam si moriatur & tutela finitur & omne officium tutelæ, in eoque vno refert valde quomodo tutela finiatur, an morte pupilli, an pubertate. Quòd si non impuberis sed ipsius tutoris morte finita sit, idem omnino iuris est quod esset mortuo pupillo, quia tutela nulla hereditario iure ad tutoris heredem transit *l. tutela 16. §. 1. D. de tutel.*

l. tutor 11. C. arb. tut.

l. tutela 16. §. 1. D. de tutel.

ILLATIO XL.

De tutore vel curatore qui supra vires patrimonij puellæ promisit dotem.

QVadragesimò ex hoc Principio fit, quod eleganter Paulus tractat in *d. l. cùm post mortem 43. §. 1. eod. tit.* de illo qui cùm esset fratris sui filiæ curator quadringenta dotis nomine marito eius daturum se promiserat cùm postea ære alieno emergente supra vires patrimonii eius dotem promissam esse appareret. In qua specie quærebatur an succurrendum esset curatori, qui à marito in solidum conueniebatur. Mouebat quæstionem, inquit Paulus, quòd curator hic non vt de suo dotem daret, quicquam promiserat, sed quòd crederet sufficere rationem pupillarem. Sic namque in instrumento scriptum proponebatur *Ille patruus & curator stipulanti spopondit.* Nec rursus hic poterat tractari quod aliàs solet, vt si sciens curator rationem pupillarem non sufficere maiorem dotem promiserit vel donasse videatur, vel quoniam dolo malo fecit, non ei succurratur. Nam neque donandi animum habuisse videri potest qui non proprio nomine, sed tanquam curator contraxit, neque dolo malo quicquam fecisse qui iustè potuit ignorare vires patrimonij cùm eo tẽpore onus æris alieni nondum emersisset. Respondet tamen Paulus non debere prætorem subuenire huic curatori, cùm is officium suum egressus sponte se obligauerit, non magis quàm si creditori puellæ pecuniam se daturum spopondisset. Officium enim suum egreditur & excedit curator, qui dotem maiorem constituit pupillæ quàm vires patrimonij eius ferant, ob non factam priùs diligenter æris alieni inquisitionem, Nam & prudens ac diligens quilibet paterfamilias filiæ suæ dotem constituturus ante omnia inquireret diligentissimè quid haberet in ære alieno vt scire posset quid in bonis superesset. Nec quod æs alienum post dotis promissionem emerserit excusare curatorem potest, cùm iam esset contractum promissionis tempore tametsi adhuc lateret: quæ res tantò maiorem à curatore diligentiam exposcebat vt æris alieni, quod sciebat posse latere, periculum effugeret. Planè quia curator hic de quo tractamus non donandi animo, sed gerendi

l. cùm post mortem 43. §. 1. D. de adm. tutor.

negotij causa dotem promisit, negari non potest quin habeat mulierem obligatam, Potéstque dici etiam manente matrimonio eam teneri, quia dotem habet, sicut in collatione bonorum dicitur, vel saltem post diuortium siue exacta sit dos, siue maneat nomen, quia potest efficere vt ei accepto feratur. Hactenus Paulus. Nam quod sequitur ab illis verbis *Quod si mulier* vsque ad finem legis, totum ineptum & Tribonianeum est vt pluribus docuimus *lib. 6. Coniect. cap.* 18. vbi etiam ostendimus mendosum esse responsum Pauli in illo loco *præterea & illud hic potest tractari* ac pro *&* legendum esse *nec* de quo plura hîc non dicemus.

Tribonianismus in Paulo.

ILLATIO XLI.

De tutore, qui pecuniam pupillarem suo nomine fœnerauit.

QVadragesimoprimò ex eodem Principio fit, quod idem Paulus scribit in *l. Lucius* 46. *§. tutorem eod. tit. De administr. & peric. tutor.* Tutorem qui pecuniam pupillarem quamuis suo nomine fœnerauit non videri contra constitutiones fecisse quæ prohibent tutori pecuniam pupillarem in suos vsus conuertere. Non enim hanc in suos vsus conuertit tutor, sed facit quod diligens paterfamilias facere debet cùm ex eiusmodi stipulatione per tutorem interposita etiam proprio nomine, vtilis actio competat pupillo, Etsi melius facit tutor qui pupillo suo si & præsens ille sit & fari possit autoritatem præstat ad stipulandum, vt ex ea stipulatione directa actio acquiratur, Aut si saltem adhibeat seruum pupilli qui domini sui nomine stipuletur, quo etiam casu nemo dubitat, quin pupillo directa actio acquiratur *l. quoties* 9. *in princip. eod. titul.* Facit *l. cùm quæritur* 16. *eod. titul.* vbi tota illa quæstio tractatur, si ex pecunia pupilli tutor quædam nomina fecerit suo nomine quænam agnoscere pupillus debeat. De quo & nos iam scripsimus in præcedentibus.

l. Lucius 46. §. tutorem eod. tit.

l. quoties 9. in princ. eo. l. cùm quæritur 16. eod.

ILLATIO XLII.

De præstandis etiam post finitam tutelam vsuris pecuniæ qua tutor vsus est.

QVadragesimosecundò ex eodem Principio fit, quod sequitur apud Paulum in *dict. l. Lucius §. quæsitum*, Eius pecuniæ qua tutor vsus est post finitam quoque tutelam in diem vsque accepti iudicij easdem vsuras præstari debere & computari, quæ in tutelæ iudicio computantur, siue quod bonus & diligens paterfamilias non minores vsuras ex pecunia sua redacturus fuerit quàm sint pupillares, siue quod diligentis etiam patrisfamilias exemplo debuerit tutor hic esse diligentior in reddendis rationibus, soluendáque pecunia quæ ex causa tutelæ debebatur. Potuit enim & debuit à seipso quoque & rationum redditionem & reliqua exigere, si in re pupilli idipsum fecisset, quod paterfamilias diligens, in rebus suis facere potuisset *l. quoties 9. §. & generaliter eod. tit.*

d. l. Lucius §. quæsitum.

l. quoties 9. §. & generaliter eod.

ILL.

ILLATIO XLIII.

De solutione facta tutori tutelam gerenti.

QVadragesimotertiò ex eodem Principio fit, vt pupillaris debitor soluens tutori tempore administrandæ tutelæ tutelam gerenti liberetur ipso iure à pupillo, perinde ac si alij cuilibet proprio creditori suo soluisset *dict. l. Lucius 46. §. tutelæ eod. titul.* vbi Paulus ait apocham tutoris probare solutionem ad inducendam liberationem, etiamsi tutor in rationes pupillares non retulerit nomina quæ exegit, ob idque posse illum adhuc conueniri iudicio tutelæ, ac si excipiat de re iudicata, replicationem doli mali aduersus eum pupillo dandam esse. Ratio huius illationis est, quia cùm tutor tanquam bonus & diligens paterfamilias cogatur præstare diligentiam in pupilli nominibus exigendis, in eámque rem actiones pupillo competentes exercere, ita vt si in eo sit negligens transferat in se periculū nominum, quæ postea minùs idonea fiant, vt in præcedentibus tam sæpe diximus, Absurdum esset ac iniquum non posse illum accipere solutionem, Et illud rursum absurdius ac iniquius non posse tutorem liberare illum à quo acciperet solutionem, Cùm sit perpetuum vt qui potest exigere possit etiam liberare *l. rescriptum 10. §. vltim. cum l. seq. D. de paction. l. vero procuratori 12. D. de solut.* Alioqui eum quem prætor inuitum soluere cogat, impunè non soluere iniquissimum est. *l. quod autem 6. §. apud Labeonem D. quæ in fraud. credit.* Adiecit autem Paulus *tutelam gerenti* non vt neget liberari eum qui soluit tutori honorario, quem tamen certum est non habere administrationem, Sed vt excludat solutionem factam ei tutori qui remotus sit ab administratione. Ex hac enim liberationem acquiri non posse constat, quæ tamen acquiritur ex solutione facta cuilibet alij tutori etiam honorario, quippe cùm ad honorarios quoque periculum pertineat *l. quòd si fortè 14. §. 1. & 2. D. de solut.* Qui locus probat optimè, in quæstione ista, Vtrum solutio tutori facta liberet debitorem non tam illud inspiciendum esse an tutor, cui solutio facta est habeat administrationem, quàm vtrum ad eum spectet periculum administrationis: Adeò vt interdum quoque etiamsi solutio facta sit ei qui reuera tutor non est, si tamen tutor esse credebatur prosit ea bona fides soluentis ad liberationem ei iure ipso acquirendam, si modò is qui accepit sit soluendo *l. filiæ 88. vbi est text. elegans D. de solut.* Errant verò maximè & contra hoc Principium peccant ij, qui putant non contingere liberationem debitori pupillari, siue soluerit tutori, siue pupillo ex tutoris autoritate, nisi autoritas interueniat iudicialis ex *l. sancimus 25. Cod. de administr. & peric. tutor. & ex §. at ex contrario Instit. quib. alien. licit vel non.* Nam in *dict. l. sancimus*, agitur de solutione facta pupillo nondum habenti tutorem, aut minori nondum habenti curatorem vt probant verba illa *creatione tutorum vel curatorum cum omni procedente cautela*, quorum non alius sensus est quàm si scriptum esset *dum proceditur cum omni cautela & inquisitione ad creationem tutorum vel curatorum*. Ergo antequàm sint creati. Et in *dict. §. at ex contrario*, loquitur quidem Iustinianus de pupillo vel minore iam habente tutorem, vel curatorem, sed non de solutione facta tutori vel curatori vel ex tutoris aut curatoris autoritate, vt apparet non solùm ex eo quod refertur illa Iustiniani constitutio quæ extat in *dict. l. sancimus*, Sed etiam ex eo

d. l. Lucius 46. §. tutelæ eod. tit.

l. rescriptū 10. §. vlt. cū l. seq. D. de pact. l. verò procuratori 12. D. de solut.

l. quòd si fortè 14. § 1. D. de solut. l. filiæ 88. eod.

L. sancimus 25. C. de adm. tutor.

§. at ex contrario infr. quib. alien. licet vel nõ.

quod ſequitur in *dict. §. at ex contrario*, in illis verbis *nihilominus condemnabitur, quia & ſine tutoris autoritate ſoluerit & non ſecundum noſtram conſtitutionem*. Vt intelligamus neceſſariam eſſe præſentiam & autoritatem iudicis eo tantùm caſu quo præſentia & autoritas tutoris vel curatoris interuenire non poſſit. Nec ait eo loco Iuſtinianus non licere debitori pupillari ſoluere tutori vel curatori, Sed ait non licere tutori vel curatori ſoluere debitorem pupillarem quod nihil aliud eſt quàm non eſſe in poteſtate tutoris vel curatoris, vt abſoluat & liberet debitorem pupillarem, qui ſcilicet ſoluit pupillo vel minori ſine tutoris, aut curatoris autoritate. Errant illi etiam, qui putant triplicem poſſe contingere liberationem in perſona debitoris pupillaris, plenam, pleniorem, & pleniſſimam: quæ diſtinctio eſt Accurſij à Bartolo, & aliis vulgo probata ad *l. ait prætor 7. §. permittitur D. de minor. & ad l. 1. C. ſi aduerſ. ſolut.* Sed quod ad hanc diſtinctionem pertinet, videnda ſunt quæ nos contrà ſcripſimus *lib. 17. Coniect. cap. 13.* Quibus addendum eſt quod idem Paulus ſcribit in *dict. l. Lucius 46. §. vltim.* Tutoribus conceſſum eſſe à debitoribus pupilli pecuniam exigere, vt ipſo iure liberentur. Quod autem ſequitur *non etiam donare vel etiam diminuendi cauſa cum ijs tranſigere* optimam rationem habet, quia nec bonus & diligens quiſquam paterfamilias id facturus eſſet, cùm donare ſit perdere *l. filiusfamilias 7. D. de donat.* vt & diminuendi cauſa tranſigere. Tutor enim tunc domini loco habetur cùm benè rem gerit, non cùm pupilli patrimonium diminuit *l. qui fundum 7. §. ſi tutor D. pro emptor.* Ex quo inferunt vulgò plerique ex noſtris interpretibus, Tranſactionem de re pupilli vel adulti factam à tutore vel curatore aut ab ipſo etiam minore nullum fortaſſis curatorem habente (nam à pupillo ſiue tutorem habeat ſiue non habeat nullam fieri poſſe certum eſt) ita demum valere, ſi rem de qua controuertebatur pupillus retineat, non etiam ſi alienet transferátque in aduerſarium cum quo tranſigit. Quæ tamen ſententia probare mihi non poteſt. Siquidem nihil prohibet rem de qua tranſigitur, & quæ à pupillo poſſidebatur, transferri in alium, nec tamen diminuendi patrimonij cauſa factam eſſe tranſactionem, Vt puta ſi viciſſim pupillo aliquid datum vel remiſſum ſit propter quod videri debeat locupletior factus eſſe. Sic enim vt plurimum fiunt tranſactiones aliquo ſcilicet viciſſim dato vel remiſſo vel retento *l. tranſactio 38. Cod. de tranſact.* E contrario facilè poteſt euenire, vt res controuerſa ſalua ſit pupillo vel minori, nec eo minùs tamen ipſius patrimonium videri debeat diminutum, ſi fortè pro ea retinenda aliquid præſtiterit vel remiſerit quod longè maioris ſit æſtimationis. Verius igitur eſt cùm de tranſactione per tutorem facta quæritur illud ſolùm inſpiciendum eſſe an res bona fide geſta ſit & ex vtilitate pupilli, an non, vt priore caſu valeat tranſactio & ſeruanda ſit, non etiam poſteriore. Idque ſiue tutor ſoluendo ſit, ſiue non vt Paulus generaliter definit in *l. cùm plures 12. §. 1. De adminiſtr. & peric. tutor.* Alioqui verendum erit ne dum nimia ſubtilitate vtimur circa res impuberum, in eorum odium retorqueamus, quod ipſum fauore conſtitutum eſt, inquit Iuſtin. in *l. penultim. C. ad SC. Trebell.* Quid enim obſecro poſſimus imputare tutori qui nomine pupilli ſui tranſegit, eo modo quo ipſe pupillus ſi nondum tranſactum eſſet, pro ſua vtilitate tranſigere hodie cogeretur? Aut

Liberatio plena, plenior & pleniſſima.

d. l. Lucius 46. §. vlt. de admin. tut.

l. qui fundũ 7. §. ſi tutor D. pro empt.

l. cùm pluresi2. §. 1. D. de adm. tut.

Aut cur distinguemus an tutor transigendo alienauerit eam rem,quam pupillus etiamsi hodie haberet, impunè tamen retinere non posset? Finge transactioni sic faciendæ causam dedisse obligationem quæ à defuncto pupilli patre profecta sit si fortè is rem quam emerat & possidebat cogebatur retrouendere siue ex conuentione,siue ex iuris aut cõmunis,aut municipalis potestate, Cur imputabimus tutori quod bonam fidem agnouerit aut per se id fecerit,quod ipse quoque defunctus facere debuisset? *dict. l. quoties 9. §. nec vtique D.de administr.tutor.l.1. Cod. quand. decret. opus non est l. 3. §.1. & seqq.l. magis puto 5. §.sed si pater & seq.D.de reb.eor.qui sub tutel.* Neque nostram sententiam impugnat *l.si pro fundo 33.Cod.de transact.* quo vno potissimum iuris loco moueri solent qui contra nos sentiunt.Quod enim lex ponit minorem non fuisse illum, qui per transactionem fundum alienauerit, non eò pertinet vt non valeat transactio à minore facta,si per eam quid alienatum sit; sed rationem illam habet quod res immobiles minorum non possint alienari sine decreto,ne quidem per transactionem *l.non solùm 4.Cod. de præd.minor.* Sed non possis ex eo inferre. Illis casibus quibus decretum necessarium non sit, non valere transactionem per quam res pupillaris alienetur. Planè in donationem non potest cadere ea distinctio,quia perdit semper qui donat & ideò tum quoque cùm iusta donandi causa est,decretum interponi debet *l. 1. §. 1. versicul.sed etsi D.de tutel & ration.distr.* Qui verò transigit tum quoque cùm perdit hoc tamen lucratur quòd à lite discedit *l.in summa 65.§. 1. De condict. indeb.* etsi non sufficeret ea res ad pupillum transactionis exceptione summouendum, si non aliunde appareret rem ex pupilli vtilitate gestam esse. Non enim prudens quilibet paterfamilias tanti æstimaret re sua carere, multíque sunt qui mallẽt pro re sua litem habere quàm metu litis rem amittere, itaque quamuis non soleat prætor factum illius improbare qui tanti habuit re carere, ne propter eam sæpius litigaret,quòd verecunda sit non vituperanda cogitatio eius qui lites execratur, vt ait Vlp.in *l.4.§.1.D.de alienat. iudic. mut. caus. fact.* in tutore tamen hoc consilium non probat quippe quem decet tenaciùs etiam rem pupilli quàm suam retinere. Res enim pupillares cautiùs & prudentiùs tractare debet,quàm suas,quomodo scriptum est de marito res dotales tractante in *l.si constante 24.§.si maritus D.solut. matrim.* Illud quoque ad hanc illationem pertinet,quod Scæuola quærit in *l.Titium 47. in princip. De admin.& peric.tutor.* Cùm quis Titium & Mæuium liberis suis tutores dedisset,ac ita cauisset *Volo,& rogo omnia fieri cum Mæuij fratris mei consilio,& quod sine eo fiet irritum sit*, si Titius solus à debitoribus solutionem exegerit An sint illi ipso iure liberati. Respondet autem si & Mæuio administrationem testator dedisset,non rectè Titio solutum,An quia vni ex tutoribus bene solui non possit sine consensu cæterorum? Minimè, vt ex iis constat quæ supra scripsimus ad *Princip. 3. illat. 2.* Sed quia repugnat expressa voluntas testatoris, qui districtè præcepit vt nullum & irritum esset quicquid sine Mæuio fieret. Quamquam nec sola voluntas illa sufficeret, si Mæuio quoque administrationem testator non dedisset, quia non potest facere testator vt ad acquirendam soluenti debitori liberationem, necessaria sit voluntas eius qui nullam ipse habeat administrationem: quamuis possit facere vt ex pluribus vnam eandémque administrationem habentibus nihil

l. quoties 9. §.nec vtique eod.

l. si pro fundo 33. C. de transact.

l. non solùm 4.C de præd. minor.l.1.§. vers sed etsi De tutel.& rat.distr.

l.4.§.1.D. de alien.iudic. mut. caus fact.

l.si constante 24. §. si maritus D. solut.matr.

l.Titium 47 in princ. D. de adm.tut.

vnus sine alio gerere possit. Sicut enim ius liberationis nascitur ex coniuncta potestate solutionis & administrationis, ita & autoritas potestásque administrationis ex sola voluntate testatoris, ideóque liberationi legem dare testator ita demum potest, si det legem administrationi. Extra quam quicquid parere liberationem potest, meri iuris est, non voluntatis.

ILLATIO XLIV.

De tutore ad res Italicas dato qui Romæ reperit instrumenta debitorum prouincialium.

d.l. Titium 47.§ tutores.

QVadragesimoquartò ex eodem Principio fit, quod idem Scæuola tractat in *dict.l.* Titium 47.§ *tutores eod.tit. De admin.& peric.tutor.* Si tutores dati ad res Italicas instrumenta Romæ repererint debitorum prouincialium vt pecunia romæ aut vbicumque petitum esset solueretur, neque debitores in Italia sint, neque vlla eorum prædia, hanc quidem exactionem si prouincialis contractus, id est in prouincia initus esset non pertinere ad Italicæ rei tutores, quia scilicet nihil commune haberent prouinciales contractus cum rebus Italicis, Sed tamen respicere ad officium eorum ne propter instrumentorum ignorantiã isti contractus laterent eos ad quos administratio pertineret. Nec enim eo prætextu quod ad res tantum Italicas dati sint vsque adeò ab iis omnibus quæ ad prouincialium tutorum curam spectant, abstinere debent vt non ea omnia in re pupilli ex bona fide præstare debeant, quæ commodè præstari possunt citra incommodum administrationis: illa enim diuisio tutelæ, cùm non tam iuris quàm iurisdictionis sit *l.inter tutores 36. eod. titul.* modum quidem administrationi facit inter ipsos tutores vt lex illa habet, sed non adeò pupillo nocet, vt vnus ex tutoribus existimare debeat rem quæ ad alterius contutoris curam pertinet, ad suam nulla ex parte pertinere. Idem enim pupillus est cuius persona indiuidua indiuiduam quoque tutorum omniũ curam exigit hactenus saltem vt mutuo auxilio se inuicem adiuuent in pupilli vtilitatem quantum citra nomen & ius administrationis fieri potest. Quid autem incommodi vel administrationis in eo est vt Italicæ rei tutores admoneant prouinciales de instrumentis romæ repertis? An verò diligentis & boni patrisfamilias munus in re pupilli adimpleuisse videri possent ij, qui rem tam facilem non fecissent quam nullo suo periculo aut incommodo facere potuissent? *arg.l.in creditore 38.D.de euict.* Benè autem Scæuola ponit neque debitores in Italia esse, neque vlla eorum prædia: quoniam alioquin etiamsi contractus in prouincia initus probaretur non eo minùs tamen ad Italicæ rei tutores pertineret, propter clausulam illam per quam conuenerat vt Romæ aut vbicumque petitum esset solueretur. Contraxisse siquidem vnusquisque intelligitur in eo loco in quo vt solueret se obligauit *l. contraxisse 21. D. de oblig.& action.l.heres absens 19.§.vlt.D.de iudic.* Proinde pro Italicis habendi essent isti contractus non pro prouincialibus si aut debitores ipsi aut eorum prædia in Italia essent, tametsi in prouincia initi probarentur. Extra hunc casum habendi sunt pro prouincialibus non solùm si in prouincia, sed etiam si Romæ celebrati sint. Nec quod Romæ instrumenta reperta sint ad rem facit, quoniam instrumentorum vtilitas non in tabularum ligno est aut in charta

l.inter tutores 36.eod.

l contraxisse 21.de oblig.& action.

in charta, sed in ea, quæ ex ipsis fit, exactione. Non valde alienum est quod idem Scæuola respondit in *§. vltim. dicta lege Titium*, Si tutor rerum Italicarum conuentus à creditore prouinciali in eo Italiæ loco vbi rem pupillus habuit, puta Capuæ soluerit posse illum id reputare iudicio tutelæ, quia licèt creditor fuerit prouincialis, negotium tamen fuit Italicum quando in Italia solui debitum oportuit vbi erant bona defendenda, ne extorquendæ solutionis gratia venderentur. Et in summa fecit tutor rerum Italicarum quod prudens & diligens quilibet paterfamilias facere debuisset cùm pupillare debitum in Italia petitum soluit vero creditori quamuis prouinciali. *d. l. Titium 47. §. vlt.*

ILLATIO XLV.

De tutore qui in fœneranda pupillari pecunia secutus est patris voluntatem.

QVadragesimoquintò ex eodem Principio fit quod sequitur apud Scæuolam in *dicta lege Titium §. præfectus*, Si testator in testamento ita cauerit. *Volo vt sit in arbitrio tutorum filij mei si voluerint huius summæ vncias inferre vsurarum nomine ita ne nummi dispergantur*, & appareat fœneratam fuisse pecuniam à tutoribus, ita demum teneri eos ad præstandas tantùm vsuras vnciarias (sic enim lego non *vncias*) si secundum voluntatem testatoris elegissent eiusmodi vsurarum præstationem, neque pupilli nomine, sed suo & nomine & periculo fœnus dedissent, Quia nimirum non potest imputari tutori, quod boni & diligentis patrisfamilias munus non impleuerit in eo in quo secutus est testatoris qui eum dedit voluntatem, siue voluntas illa commodum pupilli respiciat, siue tutoris ipsius, quem hoc veluti præmio inuitare pater voluit ad rem pupilli vtiliter gerendam, cuius etiam interesse putauit non dispergi pecuniam in varios debitores. At si tutor eam voluntatem agnoscere noluerit, & pecuniam pupillarem nomine ipsius pupilli fœnerare maluerit, nihil quidem in eo facit contra officium prudentis patrisfamilias & diligentis, sed tamen hactenus sibi nocet vt huius pecuniæ vsuras debeat, non quas minimas testator constituerat, sed quas maximas pupillo in reddenda tutelæ ratione præstari constitutiones volunt, Nec iniquè cùm non suo, sed pupilli nomine fœnerauerit qui poterat suo nomine fœnerando consequi, vt non maiores quàm vnciarias vsuras deberet. *d. l. Titium §. præfectus.*

ILLATIO XLVI.

De tutore qui pecuniam pupillarem sub pignore credidit ei cuius bona postea publicata sunt ex causa tamen iam ante creditum nata.

QVadragesimosextò ex eodem Principio fit quod idem Scæuola respondit in *§. Lucius d. l. Titium.* Cùm Lucius Titius mutuã pecuniam pupillarem à tutore accepisset, & rem hereditariam ei pignori dedisset, tùm post triennium & iam factis puberibus his quorum tutela administrata erat, bona defuncti omnia fisco adiudicata essent, quia eius mortem heres vltus non esset, Nõ posse pupillum id nomen recusare, nec ipsius onus ad tutorem pertinere. *d. l. Titium §. Lucius.*

Quid enim potest imputari tutori propter quod videri debeat non fecisse quod prudens, & diligens paterfamilias facere debuit, cùm ei pecuniam crediderit qui & idoneus eo tempore habebatur, & præterea pignori dederat fundum hereditarium, cuius controuersiam nemo faciebat? Nam & is cui mandatum est, vt idoneam cautionem à debitore exigat, satisfecisse videtur, si vel fideiussorem, vel pignus ab eo acceperit *l. si mandatu 59. §. vltim. D. mandat. l. 4. §. addici D. de fideicom. libert.* Sed ille melius qui pignus accepit quàm qui fideiussorem. Facilius námque est vt idoneus fideiussor postea labatur facultatibus, quàm vt pereat fundus pignori datus. Ideóque solemus dicere plus cautionis esse in rem quàm in personam *l. plus cautionis 25. De regul. iur.* Nisi forte huic tutori imputare volumus, cur non inquisiuerit diligentiùs an is à quo pignus accipiebat, vltus esset necem defuncti, quod tamen nemo nisi ridicule possit dicere. Cùm igitur nouus hic & inopinatus casus sit, quem non facilè quiuis alius diligens paterfamilias præuidere potuit, licèt præteriti temporis causam habeat quæ ad hunc locum præcipua erat ratio dubitandi, non est imputandus tutori, digno sanè cũ quo mitiùs agatur, cùm officium susceperit non voluntarium, sed necessarium, & alieni non proprij commodi causa. Illud verò obseruandum est quod ex isto responso Scæuolæ necessariò infertur, si fisco adiudicata sint bona in quibus heres antea pignus constituerat euanescere causam pignoris, si publicationis causa anterior fuit, Non quòd verum non sit, interim dominum fuisse illum, qui re vera heres fuit, & rem hereditariam pignori dedit, sed quia ex post facto apparet nihil eum in fraudem fisci facere potuisse, cùm non potuerit nõ esse sibi conscius proprij sceleris ob inultam necem defuncti quam ex senatusconsulto Silaniano vlcisci omnino debuerat priusquàm adiret hereditatem. Neque tamen ad hunc casum aptari potest quod dici solet, Resoluto iure datoris resolui ius acceptoris ex *l. lex vectigali fundo 31. D. de pignor.* Non tam enim hoc casu resoluitur ius pignoris quàm contractum numquam fuisse intelligitur, non quia retrofingatur heres numquam fuisse dominus, sed quia in ea causa fuerit, vt in ea hereditate quam sciebat aut scire debebat sibi ex proprio delicto ademptum iri, nihil facere potuerit, siue alienando, siue pignorando quod in dispendium & detrimentum fisci vergere posset.

l. si mandatu 59. § vlt. D. mandat. l. 4. §. addici D. de fidec. libert.

l. plus cautionis 25. de regul. iur.

Publicationis causa anterior impedit secutam pignoris constitutionem.

l. lex vectigali fundo 31. D. de pignor.

ILLATIO XLVII.

De tutore qui pecuniam sibi antea communem cum pupillo sibi exercuit post finitam societatem.

QVadragesimoseptimò ex eodem Principio fit quod scriptum est in *dicta lege Titium §. altero*, Altero ex duobus fratribus sociis bonorum & negotiationis defuncto herede filio si patruus, idémque tutor venditis omnibus communis negotiationis mercibus & sibi redemptis, totum negotiũ postea suo nomine exercuerit, non compendium negotij, sed vsuram pecuniȩ pupillo præstare illum debere: Nempe quia finita societate per mortem vnius ex sociis nihil contra societatem aut contra bonam fidem fecisse videri potest patruus qui sibi soli negotium gessit, satísque pupillo consultum est, quod pecuniæ suæ vsuras pupillares consequatur, licèt minùs in iis sit, quàm in compendio negotij, siquidem non negotium ipsum pupillare est, sed proprium negotiantis, Pe-

d. l. Titium §. altero D. de admin. tutor.

tiantis, Pecunia verò ipsa pupillaris est,ea quidem pro parte tantùm,ideóque non nisi pecuniæ vsura pupillo præstanda est.Nec ad rem pertinet,quod pecunia illa fuerit communis inter pupillum & tutorem. Etsi enim id verum est, quia mors vnius ex sociis non quemadmodum societatem dissoluit, ita & cōmunionem quæ sine societate esse potest,& quā durare tādiu necesse est quādiu diuisio nulla facta fuit,Non potest tamen sola communio facere, vt quod e re cōmuni per industriā alterutrius redactum est,in cōmune redigatur,cùm id non tā ex re ipsa quàm ex negotiatione percipiatur, vt de precio quoq; rei vēditæ scribit Paulus in *l.venditor* 21.D.*de hered.vel act.vendit.*Vnde est quod Paulus scribit in *l.si vnus* 67.§.1.D.pro socio,si vnus ex sociis qui nō totorum bonorū socij erāt,cōmunē pecuniā fœnerauerit vsurá'q; perceperit,ita demū vsuras partiri eum debere si societatis nomine fœnerauerit.Nā si suo nomine, inquit,quoniā sortis periculū ad eū pertinuit,vsuras ipsū retinere oportet.Cui cōuenit quod rescribūt Imperatores in *l.si patruus* 4 *C.com.vtriusq.iud.*Si patruus tuus ex cōmunibus bonis res aliquas cōparauerit soli sibi negotium gerens cùm non omnium bonorum socius esset,non posse te postulare, vt quod ille comparauit communicet, sed pro competentium portionum modo per iudicium familiæ erciscundæ, aut communi diuidundo indemnitati tuæ consuli oportere, Neque est contrarium quod Vlpianus ex Papiniano scribit in *l.cùm duobus* 52.§.*Papinianus aliàs l.si fratres D.pro socio.*Si fratres indiuisam parentum hereditatem retinuerint,vt emolumētum ac damnum in his commune sentirent,quod aliunde quæsierint in commune redigi non debere. Nō enim sensus ille est,vt si ex fructibus indiuisæ hereditatis alteruter fratrum aliquid sibi acquisiuerit,commune id esse debeat,sed is potius vt fructus quidem ipsi sint cōmunes,itémque alia si qua sint,aut commoda,aut incommoda hereditatis,at non etiam si quid ex fructibus illis fuerit comparatum.Aliunde enim quàm ex hereditate ipsa acquiritur,quod ex hereditariarū rerū fructibus acquiritur,scilicet ex negotiatione,quia fructus non hereditati, sed rebus ipsis hereditariis acceptò feruntur *l.in fideicommissaria* 18.*D. ad SC.Trebell.* An autem ex communibus bonis præsumendum sit solutum esse precium eius rei quā vnus ex fratribus simul habitantibus cōparauit alia quæstio est.De qua sic sentio,si is nō administrabat nihil causæ esse cur cōtra ipsū præsumatur. Si administrabat,inutilē esse quæstionē nihilq; aut ipsius, aut fratrū interesse cùm administrationis suę rationē reddere debeat.Obstare magis illud videtur,quod Paulus ait in *l.actione* 65.§.*si in rem.D.pro socio,*Si in rem certā emēdā cōducē dámve coita sit societas, tunc etiā post alicuius ex iis mortem quicquid lucri, detrimentíve factum sit commune esse oportere. Id enim præterquàm quod ad certæ duntaxat rei societatem pertinet,accipiēdum etiā est de illo casu,quo vel decesserit alter ex sociis cœpto iā negotio & re amplius nō integra, vel integris manentibus omnibus mors socij prædefuncti fuerit ignota socio superstiti qui societatis negotium postea gessit,vt idē Paulus ait in *d.l.actione* §.*item si alicuius,*Quæ distinctio nō cadit in societatem vniuersorū bonorū de qua in §.*altero,*quippe quæ alterutrius sociorū morte omnimodo dissoluitur. Quāuis nō eo minùs verū sit quod ex re communi postea quęsitum est,itē dolū & culpam in eo quod ex antegesto pēdet tā ab herede quàm heredi præstādum esse *d.l.actione* §.*morte.*Dices,Cur non ergo in specie *d.*§.*altero,* communicandum est pupillo cōpendium negotij quod patruus idémque tutor gessit ex pecunia

l. venditor 21.D. de hered.vel act. vend.
l.si vnus 67. §.1. D.pro socio.
l.si patruus 4.C.comm. vtr. iudic.
l. cùm duobus 52.§.Papinianus aliàs l.si fratres D. pro socio.
l.actione 65. § si in rem eod. tit. pro socio.
d. l. actione §. item si alicuius.
d. l. actione §.morte.

quam peperit venditio rerum cōmunium? Nempe quia communis nō est pecunia quę ex communium rerum venditione redigitur, sicut nec furtiua quæ ex precio rei furtiuæ *l.qui vas 48.§.vlt.D.de furt.* nec mea quæ ex precio rei meæ *l.si ex ea pecunia 6.C.de rei vin.* nec dotalis quæ ex pecunia dotali *l.ex pecunia 12.C.de iur.dot.* Nec denique obligata quæ ex precio rei pignoratæ, aut ex ipsa pecunia pignorata *l.idémque 7.in fi.D.qui potior.in pignor.hab.* Solēt verò nostri post Bart.ad *d.§.altero*, tractare de tacita societate, quā volunt cōtractā intelligi si fratres aut aliæ personæ omnia bona sua in cōmunione habuerint per decēniū, nec quicquam sibi separatim acquisiuerint, aut rationes inuicē reddiderint. Quod tamen probare vix possum. Quoniā societas, siue expressa, siue tacita nulla esse potest sine consensu, Consensus autē ille tacitus, qui ex facto inducitur, nūquā vltra id quod factū est extendi potest. Proinde quatenus omnia quæ acquiruntur cōmunicantur, fateor eatenus tacitā societatē cōtractā intelligi, nec in eā rem illud præterea exigi, vt per decēniū fratres steterint in cōmunione, sed vt ea cōmunio etiā per decennium aut vicennium continuata inducat tacitam societatem, nego posse fieri, Quia ex eo sequeretur, si quid postea vnus ex sociis sibi acquirere separatim vellet cogendum nihilominus esse id communicare, vt fit contracta expressim societate vniuersorum bonorum, cuius nec video quis effectus alius esse possit. Atquin absurdum hoc esset, quandoquidem nullum pro futuro tempore factum intercedere potuit ex quo possit induci tacitus ille consensus, qui tamen esset necessarius ad tacitam istā societatem in posterum inducendam. Tacita igitur societas vniuersorū & cōsequēter futurorū quoque bonorum nulla esse potest, At neque si verum amamus rerum singularum, sed communio tantùm quę à societate multùm distat, cùm habeant se inuicem vt genus & species. Omnis enim societas communio est, sed non vicissim omnis communio societas. Sed de eo latiùs ad *Tit. De societate*. Illud sanè constat, neque expressam, neque tacitam societatem posse contrahi cum pupillo, quia societas omnis communicatio est *l.1.&2.D.pro socio*, & consequenter domini alienatio, quæ citra decretum pupillis interdicta est *tot.tit. De reb.eor.qui sub tutel.*

l. qui vas 48.§.vlt.D. de furt. l.si ex ea 6.C.de rei vindic. l.ex pecunia 12.C.de iur. dot.l. idémque 7. in fi. D.qui potio. in pign.hab.

Tacita societas nulla, præsertim cum pupillo.

ILLATIO XLVIII.

De tutore etiam extra ordinem coercendo qui fœnus pupillaris pecuniæ non exercuit.

QVadragesimooctauò ex eodem Principio fit, vt ob fœnus pupillaris pecuniæ per contumaciam non exercitum, aut fundorum omissam comparationem tutor si non ad damnum resarciendum idoneus est etiam extra ordinem coercendus sit *l. ob fœnus 49. D. de administrat. & pericul. tutor.* Quod Bartolus sic explicat, vt etiam corporaliter hic tutor plecti debeat, scilicet si grauiore animaduersione quàm vt sufficiat suspecti infamia indigeat quo demum casu remitti solent tutores & curatores ad præfectum vrbi, cuius iurisdictio omnia omnino crimina sibi vindicauit, post epistolam Diui Seueri ad Fabium Chilonem *l.1. in princip. & §. solent D. de offic. præfect. vrb.* Nimirum quia non caret crimine tutor qui rem pupilli non ex bona fide administrat, id est qui nō facit in re-

l. ob fœnus 49. D. de admin. tut.

l.1. §.solent D. de offic. præf. vrb.

in re pupilli quod in re sua diligens paterfamilias ex bona fide facere deberet. Atqui diligens paterfamilias & fœnus pecuniæ suæ exerceret,& oblatam fundorum comparandorum occasionem non omitteret.Perfidus igitur est tutor qui in istis peccat,ideóque etiam extra ordinem & in corpore,vt aiunt,si non habeat in ere coercendus.De illo siquidem tutore tractamus qui non per iuris aut facti ignorantiam,sed per contumaciam,vt lex ait,hoc est dolo malo neglexit ista facere quæ sciebat à se fieri ex officio debere.

ILLATIO XLIX.

De dandis per tutorem etiam impendiis necessariis ad nuptias puellæ faciendas.

QVadragesimonono ex eodem Principio fit, vt curator pro minore non tantùm dotem dare debeat,sed etiam impendia quæ ad nuptias facienda sunt *l.curator* 52.*eod.tit.De admin.& peric.tut.*quia nec aliter bonus & diligens quiuis paterfamilias facere solet,cùm nuptiæ puellæ sicut dotis præstandæ, ita & sumptuũ in eam rem ad honestum vsque modum erogandorum necessitatem habeant:Nec de suo quicquam tutorem aut curatorem præstare æquum est *l.3.§.vlt.vbi pupill.educ.deb.l.si curatores* 9.*C.de admin.tutor.l.si filia* 43. *De legat.3.l.mulier* 22.*§.cùm proponeretur ad Trebell.*

l. curator 52.D.de admin.tutor.

l.si curatores 9.C.eod. l.3.§.vlt.vbi pupill. educ. deb.

ILLATIO L.

De periculo curatorum ob tutores postea factos non idoneos.

QVinquagesimò ex eodem Principio fit,vt si magistratus in eligenda à tutoribus satisdatione cessauerit, qui tamen in diem vsque tutelæ idonei perseuerauerint,postea verò curatoribus iam acceptis idonei esse desierint,periculum curatorum id esse debeat non tutorum aliorum, aut magistratuum *l.Æmilius* 53.*eod.tit.De admin.tutor.*. Non enim fecerunt bona fide curatores aut saltem quod ex bona fide diligens paterfamilias facere debuisset, qui cessauerunt in conueniendis tutoribus eo tempore quo idonei adhuc fuerunt. Eáque cessatio est quę immediatam pupillo damni causam adfert non culpa magistratuum qui satis à tutoribus non exegerunt,aut contutorum qui suspectũ facere supersederunt,cùm nulla quoque exacta satisdatione,nec suspectis tutoribus factis potuerit adhuc indemnis seruari pupillus,si curatores eã diligentiã quam debuerant,adhibuissent. Tunc ergo periculum erit contutorum qui suspectum facere supersederunt , aut magistratuum qui ab omnibus tutoribus satis non exegerunt cùm finita tutela non inueniretur aliquis ex tutoribus idoneus fuisse,vt Paulus concludit in *d.l.Æmilius.* Vbi tamen *finitam tutelam* dixit haud dubiè pro finito officio tutelæ. Nam tutela quidem finitur pubertate,& primo die pubertatis,At officium tutelæ non nisi curatoribus demum constitutis *l.à tutoribus* 33.§.1.*D.eod.* quia nimirum ad tutorum officium pertinet,vt nõ priùs administrationem tutelę deferant,licèt pupillo iã facto pubere,quàm ei curatores dari curauerint,aut saltẽ eũ admonuerint,vt sibi peteret curatores.Quod ni fecerint tutelæ iudicio ex hac quoq; culpa tenẽtur,tametsi fiat hoc post pubertatẽ *l.ita autem* 5.*§.si tutor pupillum eo.*Si igitur interim aliqui ex tutoribus desierint esse idonei,nihil proderit contutoribus, aut magi-

l. Æmilius 53.D.de admin.tutor.

Finiri tutelã & finiri officiũ tutelæ differunt. l. à tutoribus 33. §.1. D.eod. d.l.ita autẽ 5.§.1.si tutor pupillum eo.

ſtratibus quod poſt diem finitæ tutelæ id acciderit, cùm neque curatores, neque alij vlli ſint in quos tranſire poſſit periculum, & à quibus indemnitatem conſequi pupillus queat.

ILLATIO LI.

De tutore qui à contutoribus ſuis mutuam pupilli pecuniam accepit & cauit.

l. non exiſtimo 54. D. eo. de admin. tutor.

QVinquageſimoprimò ex eodem Principio fit quod Triphoninus diſputat in *l. non exiſtimo 54. eod. tit. De admin. tutor.* Non eſſe maximis vſuris ſubiciendum eum qui à contutoribus ſuis mutuam pupilli pecuniam accepit, & cauit certáſque vſuras promiſit quas & alij debitores pupillo dependunt, Quia hic ſibi non conſumpſit rem pupilli, hoc eſt non conuertit in ſuos vſus pecuniam pupillarem (quod qui faciunt meritò ex constitutionibus maximas & centeſimas vſuras inferre iubentur *l. qui ſine vſuris 38. D. de negot. geſt.*) nec pecunia pupilli tanquam ſua licenter abutitur, ſed ea vtitur quæ verè ſua eſt & tanquam ſua. Denique nihil clam fecit, ſed palam omnia vt appareat nihil ab eo niſi ex bona fide geſtum eſſe *l. vltim.* D. *de rit. nuptiar.* Et niſi à contutore his vſuris mutuum ei datum fuiſſet aliunde accepiſſet. Itaque cùm nihil perfidè aut negligenter circa rem pupilli fecerit, nihil ſanè eſt quod ei poſſit imputari, Multúmque refert an apertè & palam debitorem ſe vt extraneum & quemlibet faceret pupillo, non per interpoſitam perſonam *l. pupillus 5. §. ſed ſi per interpoſitam* D. *de autor. tutor. l. cum ipſe 5. C. de contr. empt.* An ſub adminiſtratione tutelæ, pupillique vtilitate latenter ſua commoda ex pupilli pecunia iuuaret vt eleganter ait Tryphoninus in *dicta l. non exiſtimo.*

l. qui ſine vſuris 38. de negot. geſt.

l. pupillus 5. §. ſed ſi per interpoſitã D. de autor. tutor. l. cùm ipſe 5. C. de contr. empt.

ILLATIO LII.

De tribus tutoribus quorum vnus tutelam geſſerit, alius mandauerit, tertius non geſſerit.

l. tres tutores 55. D. de admin. tutor.

QVinquageſimoſecundò ex eodem Principio fit quod idem Tryphoninus tractat in *l. tres tutores 55. eod. tit.* de tribus tutoribus pupillo datis, quorum vnus tutelam geſſerat, & ſoluendo non erat, Secundus Titio gerendam mandauerat, & Titius quædam adminiſtrauerat. Tertius nihil geſſerat, ſed tamen, vt ſequentia innuunt, & vt à prudente tutore factum fuiſſe credibile eſt à contutoribus cautionem acceperat Rem pupilli ſaluam fore, iíſque totius tutelæ adminiſtrationem ideò permiſerat. Cùm quæreretur, An omnes & quatenus ſinguli tenerentur, Reſpondit Tryphoninus tutorum omnium periculum commune eſſe in adminiſtratione tutelæ & in ſolidum vniuerſos teneri ſcilicet qui tutelam adminiſtrarunt. Nam ſi quidam adminiſtrauerint, quidam non adminiſtrauerint, diſtinctione opus eſt, nec tenentur qui non adminiſtrarunt, niſi in ſubſidium contutoribus exiſtentibus non ſoluendo vt ſequitur apud Tryphoninum. In propoſita verò ſpecie omnes geſſerunt, Primus quia ex facto ſic proponebatur: Secundus quia tutelam gerendam Titio mandauerat, quod ipſum tutelam gerere eſt. Tertius, quia cautionem à contutoribus exegerat, vt permitteret eis tutelæ adminiſtrationem, alioqui non permiſſurus.

missurus quod etiam administrationis loco est. Omnes ergo & quidem in solidum tenentur. Planè si pupilli pecunia numerata inter eos distributa est scilicet à magistratu qui eos dedit, ad quem vtique pertinet, vt pecuniam pupillarem sicut & reliquam administrationem inter tutores aliquando diuidat *l.3.§.vltim.cum l.seq.eod.* non in maiorem partem quisque eorum quàm acceperit tenebitur, Quod semper intellige, Nisi in subsidium, si cæteri fiant non soluendo, quia hoc casu imputari posset idoneo cur alios suspectos facere supersedisset. At cùm omnes sunt idonei, nihil causæ est cur pro ea parte pecuniæ quæ alij administranda data est, alius teneatur, non magis quàm si tutela regionibus diuisa fuisset. Quid si vnus gessisset, alij nullomodo gessissent? Is solus primo loco conueniretur, qui gessisset: alij verò in subsidium si gerens idoneus non esset *l.vlt.D.rem pupill.salu.for.l.vlt. C.de diuid. tutel.l. vlt. C.si tut.non gesser.* In eo tamen quod nemo gessisset, non vtique periculum eius solius esset qui aliquid gessisset, sed communiter omnium, quia communem omnium negligentiam omnibus æquè imputari oportet *l. si plures 38.eod.* Nisi si qua talia sint, inquit Tryphoninus, quæ vel consummationem ab eo cœptorum desiderabant, vel ita coniuncta fuerunt, vt separari non debuerint. Huic enim posset imputari, quod diligentis patrisfamilias more non esset versatus in re pupilli, quia diligens paterfamilias cœptum negotium, quandiu perficiendi spes est, deserere numquam debet.

l.3.§.vlt.& l.seq.eod.

l.vl.D. rem pup. sal.for. l.vlt. C.de diuid. tut.l. vlt.C.si tut. non gesser. l. si plures 38.D.de adm in.tutor.

ILLATIO LIII.

De tutoribus qui furati sunt rem pupilli.

QVinquagesimotertiò ex eodem Principio fit quod addit Tryphoninus in *dicta lege tres tutores*, Si tutores ipsi rem pupilli furati sint, non teneri illos ea actione quæ proponitur ex lege duodecim tabularum aduersus furem tutorem in duplum, scilicet Rationibus distrahendis, De qua in *l.1. §.rationibus & seqq. & l. 2. D. de tutel. & ration. distrahend.* Tutores namque, inquit, propter admissam receptámque administrationem non tam inuito domino contrectare rem videntur, quàm perfidè agere. Perfidè siquidem fit quicquid non ex bona fide fit ab eo qui omnia ex bona fide facere deberet. Proinde multò minùs potest dici vsque adeò teneri debere tutores qui rem pupillarem furati sunt, vt etiamsi vnus satisfecerit, cæteri tamen non eo magis liberentur. Id enim obtinet quidem in furibus pluribus eiusdem rei, vt cæteris non sit pœnæ deprecatio, ob id solùm quod ab vno iam exacta sit pœna: Sed non in pluribus tutoribus, quorum altero satisfaciente reliquos omnes à pupillo liberari certum est, Cùm nihil aliud curandum sit, nisi ne quid pupillo absit, at non etiam vt ei faueatur si de præda magis quàm de damno sollicitus sit, vt dicemus Principio sequenti ex *l. si minoris 25.in fin.eod.tit.* iunct. *dicta lege 2.D.de tutel.& ration. distr.* Alioqui si recta est plurium furum & tutorum comparatio, dicendum erit eum quoque tutorem, qui duplum in pœnam furti soluerit, nihilominus adhuc cõdictione furtiua conueniri posse vt rem ipsam furtiuã præstet, vel ipsius æstimationẽ. Hoc enim in furis persona obtineret, siquidẽ neque furti actio per condictionem, neque condictio per furti actionem cõsumitur, cùm furti actio pœnam

d.l.tres tutores l.1.§.rationibus & seq.l. 2. D. de tutel. & rat.distr.

l. si minoris 25. D.de admin.tutor.

legitimam petat, condictio verò rem ipsam persequatur *l.si pro fure 7.§.1.D.de condict.furt.* At nemo dixerit tutorem qui iam soluerit, quantum necesse est ad indemnitatem pupillo præstandam actione insuper vlla teneri, Cùm igitur illi ipsi tutori qui iam conuentus & cōdemnatus est parcatur ne aliis actionibus teneatur quibus cæteri fures tenerentur, Nec illud quoque ferendum est, vt eo condemnato alij contutores nihilominùs teneantur. Hos tamen tutores, qui rem pupillarem furati sunt etiam furti teneri, & conueniri posse certum est *d.l.1.§.hunc tamen & d.l.2.De tutel.& rat.distr.l.tutor 33.D.de furt.*

l.si pro fure 7.§.1. D. de condic.furt.

d.l.1.§. hūc tamen & d.l.2.De tute. & rat.distr. l.tutor 33.D. de furt.

ILLATIO LIV.

Quid sit quod dicitur Præstare contutores debere Desiisse *soluendo esse vel non esse.*

QVinquagesimoquartò ex eodē Principio fit, vt quod dicitur Desiisse soluendo esse, vel non esse contutores præstare debere, si quæratur qualem intellectum habeat, id est, Vtrum sufficiat nihil diminutum fuisse de facultatibus contutoris, ex quo datus est, sed eandem faciem patrimonij permansisse, An etsi nihil postea acciderit, quod palam habeat diminutionem patrimonij, debeat tamē contutor inquirere fortunas contutoris, Nō simpliciter & absolutè responderi possit, sed hoc & ex personæ qualitate & ex temporis intercapedine quo testamentum factum est, vsque ad tempus mortis patris aliam atque aliam æstimationem accipere debeat vt subiicit Tryphoninus in *ead.l.tutores.* Nempe quoniam pro huiusmodi circunstantiarum varietate fieri potest, vt eo magis minúsve videri debeant contutores fecisse quod ex bona fide diligens paterfamilias facere debuisset. Finge obreptum fuisse prætori qui tutorem dederit hominem apertè prodigum, vel cuius bona venierunt. Imputabimus contutori si cùm ista sciret, aut scire facilè posset permiserit huic administrationem, quem è contrario suspectum facere debuit, vt ab administratione remoueretur. Nec enim vllius momenti est decretum redditum per obreptionem *l.magis puto 5.§.penult.D.de reb.eor.qui sub tutel.* Prætor autem numquam tutorem hunc dedisset si prodigum aut tam inopem sciuisset, cùm prodigis propriarum quoque rerum interdicatur administratione *l. is cui 6. de verb.oblig l.1.D.de curat.fur.* Quæ tamen interdictio nisi expressim fiat, valent interim quæ cum prodigo etiā tutorio nomine geruntur, vt bene Bart. ex hoc Tryphonini loco notat. Finge patrem qui eum testamento tutorem dedit ignorasse aliquid quod post factum testamentum acciderit, quod si sciuisset, alium vtique tutorem daturus fuisset, Aut etiam finge patrem rescientē id quod accidit, siue capitales inimicitiæ exarserint, siue subito fortunæ impetu lapsus sit facultatibus tutor qui testamento fuerat datus, destinatum habuisse testamentum mutare, nec tamen mutasse præuentum fortassis morte, aut quòd in eo loco testium copiam non haberet. Non erit excusandus cōtutor qui prætextu voluntatis paternæ passus sit hunc manere in administratione. Nam nec patris voluntatem hac in re prætor sequi semper debet, sed vtilitatem pupillorum, Nisi constet non fuisse testatorem ignarum eorum omniū quæ de tutore dato, siue prætor, siue curator comperta habet *l.vtilitatem 10. cum duab.præced.D.de confirm.tutor.* Illud ergo duntaxat inspiciendum hac parte est, An contutor id fecerit in contutoris facultatibus inquirendis, quod pruden-

d.l.tres tutores.

l.magis puto 5.§. pen. de reb. eor. qui sub tutel.

l.vtilitatem 10 cū duab. præced. de confir.tutor.

prudens & diligens paterfamilias ex bona fide facere debuit, ne pupillus damno afficeretur.

ILLATIO LV.

De tutore qui sibi retinuit animalia pupillaria iam alteri certo precio vendita.

QVinquagesimoquintò ex eodem Principio pendet ratio eius quod respondit Scæuola in eleganti illa specie de qua in *l. tutor rerum* 56. *eod. tit.* Tutor, inquit, venditionem fecerat rerum & animalium pupilli, sed quædam animalia cùm emptores precium non soluerent sibi retinuerat & apud se habuerat, idémque precium rationibus pupilli accepto tulerat. Ex iis aliquot nata fuerant. Defuncto tutore ipsius heres tutelam administrauerat, & annis plurimis possederat. Quærebatur, cùm is cuius tutela administrata erat viginti quatuor annorum esset, an iure animalia vindicaret. Respondit Scæuola, secundum ea, quæ proponerentur pupillum animalia hæc vindicare non posse, Nimirum quia nihil perfidè hic tutor gesserat sed omnia ex bona fide, tam in eo quod animalia ista pupilli nomine vendidit, quàm in eo etiam quod animalia ista vendita sibi retinuit. Quid enim meliùs facere potuisset, cùm emptores precium non soluerent? An fortè vtilius erat pupillo, vt traderentur animalia emptoribus cessantibus in solutione, mox illi ad solutionem ex empto actione vrgerentur? Atqui nihil eo modo pupillus nisi precium preciíque vsuras, non etiam aut animalia aut ex illis nata consequi potuisset. Quid ergo damni pupillo intulit tutor cùm animalia retinuit? Quid rursus in eo quod precium emptionis rationibus pupilli accepto tulit? Nimirum fecit vltrò & ex bona fide quod inuitus vt faceret cogi potuisset etiam si perfidè in re pupilli agere voluisset, vtique enim ad ipsius onus emptorum nomina pertinuissent, potuissétque is imputari, cur talium emptorum fidem secutus esset, nec præsenti vt faciendum erat pecunia vendidisset, at res venditas tradidisset ante solutionem, Qua de causa coactus fuisset suscipere onus nominum minùs idoneorum. Quidni ergo ei licebit vltrò facere quod vt faciat etiam inuitus cogi possit *l. quod autem* 6. §. *apud Labeonem* D. *quæ in fraud. credit.* Vnum est quod huic tutori obstare videatur, nimirum quòd & venditoris & emptoris simul officio fungi non potuerit *l. pupillus* 5. §. *item ipse tutor* D. *de autor. tutor.* Sed non tam emptoris vice hic fungitur, quàm necessitate cogente in emptoris locú substituitur, Ita tamen vt non ob id fiat deterior condicio pupilli, sed eadem ipsa maneat, quæ esset si tutori precium emptor soluisset, Quo casu nemo diceret futurum vt animalia, vel quæ ex iis nata essent vindicare pupillus vnquam posset.

l. tutor rerū 56. D. *de adm. tutor.*

l. quod autē 6. §. *apud Labeonem* D. *quæ in fr. credit.*

l. pupillus 5. §. *item ipse tutor* D. *de autor. tutor.*

ILLATIO LVI.

De tutore qui cessauit circa debitores pupillares non circa proprios.

QVinquagesimosextò ex eodem Principio fit, quod idem Scæuola respondit in *l. chirographis* 57. *D. eod. tit.* Chirographis debitorū incendio exustis, cùm ex inuentario tutores conuenire eos possent ad soluendam pecuniā aut ad nouationem faciendam cogere, quemadmodum propter eundem casū

l. chirographis 57. D. *de adm. tut.*

fecerant circa proprios(sic enim legendum est non *priores*) creditores, si id omisissent circa debitores pupillorum quicquid ob hanc ipsorum cessationem damni pupillo acciderit, præstari hoc à tutoribus debere si modò per dolum vel culpam tutorum id prætermissum esset, quod & scriptum est in *l.2. C.arb. tut.* Generale siquidem est, vt periculum nominum ad eum pertineat cuius culpa deterius factum probetur *l.periculum* 35.*D.de reb.credit.* Ideò autem sic loquitur Scæuola, quia non solet ad quæstionem facti respondere, sed tantùm ad quæstionem iuris vt & in *l.à testatore* 109. *De condic. & demonstr. l.filiæ* 88. *De solut. & alibi passim.* Facti autem non iuris quæstio est, An in proposita specie dolus aliquis aut culpa tutorum interuenerit, necne: cùm nihil prohibeat cessasse tutores in faciendo circa debitores pupillares eo quod fecerint circa proprios ex iusta aliqua causa, Quæ tamen ab iis vtique probanda est. Alioqui satis aperta culpæ probatio est contra tutorem, qui non præstitit in rebus pupilli diligentiam, quam præstitit in suis. Notandum autem est in hac specie quod Scæuola præsupponit, debitores pupillares, quorum chirographa incendio exusta, vel alio casu, nihil enim refert, deperdita sunt posse à tutoribus ex rerum pupillarium inuentario conueniri: Non quia vni instrumento aliud instrumentum referenti credendum sit nisi constet de relato contra Iustiniani constit. *Nouell.*119.*Vt sponsalit.largit.cap.3.§.& hoc insuper.* Vnde sumpta est *Auth.si quis in aliquo C.de edend.* sed quia inuentarium pupillare non ob aliã causam fit, quàm vt verè possit constare quid sit in nominibus debitorum pupilli, habétque fidem publicam cùm à tutore fiat ex officio quod publicum est, aut potiùs à magistratu ad postulationem tutoris. Ad quem casum proculdubio Iustiniani constitutio non pertinet.

l.1.C.arbit. tutel. *l.periculum* 35.*D.de reb. credit.* *Iustin.Nou.* 119.*vt spons. larg.cap.3.* *Auth.si quis in aliquo C. de edend.*

ILLATIO LVII.

De pupillo qui interueniente tutore fundum emit ab eo qui relegatus erat bonis ademptis.

QVinquagesimoseptimò ex eodem Principio fit, quod sequitur in *d.l. chirographis §.ab eo*, de pupillo qui tutoribus interuenièntibus emerat fundum ab eo qui per sententiam præsidis relegatus erat bonis ademptis, Cùm ex permissu Principis appellatio eius recepta esset, quàm non receperat is qui pronunciauerat. Ponit autem Scæuola pronunciatam esse iniustam appellationem, & ita fundum pupillo ablatum esse, Et quærit, An tutelæ iudicio pupillus fundi precium consequi à tutoribus possit. Respondet si scientes tutores emerunt ab eo qui in ea causa esset vt obnoxius sententiæ priori fieret, tutelæ iudicio eos teneri, Nempe quia eo casu non possent videri fecisse in re pupilli, quod prudens & diligens paterfamilias in re propria facere ex bona fide deberet: cùm prudentis & diligentis hominis sit æstimare incertam aleam iudiciorum potiúsque pro sententia iam lata, quàm pro interpositæ appellationis æquitate præsumere. Ipso siquidem vsu compertum est appellationes vt plurimum interponi frustrandi causa & vt impediatur executio iudicati quod appellationis potestate extinguitur *l.1.§.vlt.D.ad SC.Turpill.l.tutor* 41. *D. de vsur.l.vlt.*D.*de re iudic.l.negotiorum* 24.D.*de appellat.* Benè autem Scæuola addit *bonis ademptis* quia erat regulare vt relegatio bona non adimeret si non de bonis quoque specialiter pronunciatum esset. In quo differt relegatio à deportatione

d.l.chirographis§.ab eo.

Differentia relegationis & deportationis.

tatione *l. relegatus 14. §. magna differentia D. de interd. & releg. l. deportatorum* 8. C. *de pœn.* Addit fundum pupillo ablatum esse iniusta appellatione pronunciata. Nempe quia quemadmodum appellatio cùm interponitur effectum illum habet, vt extinguat iudicatum, ita cùm iniusta esse tandem pronunciatur sine effectu illam manere necesse est, ac proinde in eum statum reduci omnia in quo essent si appellatio nulla interposita fuisset: ne alioqui prosit appellanti quod perperam ac temerè appellauerit. Itaque mirum est quod Bart. quærit & dubitat, Vtrum hic fundus ablatus fuerit pupillo citra precij restitutionem, an verò precio ei restituto. Cur enim fiscus precium restitueret ei cui potest imputari, cur emerit à condemnato, & post sententiam pro fisco latam: Quod si ius ita esset vt precium à fisco restitui oporteret, quænam obsecro dubitandi ratio esse posset an pupillus precium illud à tutoribus suis consequi deberet quod iam à fisco fuisset consecutus? Indemnitati ergo pupilli consulēdum est dato iis ex hac causa iudicio tutelæ contra tutores si, vt Scæuola distinguit, scientes emerint à condemnato: Nec distinguemus an putauerint iniustā fuisse condemnationem: siue enim iusta fuerit, siue iniusta, vereri debuerūt incertam aleam iudiciorum. Sed si emerint bona fide ab eo quem probabiliter potuerunt ignorare condemnatum, quia nihil hoc casu imputari eis potest, aliud nihil dicendum superest nisi vt damnum sit pupilli quod neque ad fiscū, neque ad tutores potest recidere. Pro pupillo tamen faciebat contra fiscum, quod quamuis emisset à condemnato, tamen emerat post receptam permissu Principis appellationem, atque ita eo tempore quo adhuc integer erat status condemnati æquè acsi condemnatus numquam fuisset *l. 1. §. si quis ergo & seq. D. nihil innouar. appell. pendent.* Ex eo siquidem fit vt non possit negari quin emerit à domino, etsi consequenter quin ex iusto illo emptionis titulo dominium fundi venditi in eum trāslatum sit. Neque verò hoc Scæuola negat: sed pro fisco innuit responderi posse, Sufficere vt iniusta appellatione pronunciata is qui condemnatus est fiat obnoxius priori sententiæ, id est prioris sententiæ executionem pati cogatur. Vt sicuti quod in præiudicium appellationis attentatum esset ante omnia reuocari oporteret, ita quod prætextu iniustæ appellationis factum est in præiudicium confirmatæ tandem sententiæ, pro non facto habeatur, Ne sit in potestate condemnati perperam appellando iustæ condemnationis vim effugere. Ex quo apparet, meo iudicio, prioris iudicati vires non à sententia, vt vocant, confirmante, id est quæ à iudice appellationis reddita sit vires accipere, sed à sententia ipsa confirmata: nec enim iudex appellationis quicquam aliud pronunciandum habet nisi iustam vel iniustam fuisse appellationem, vbi autem pronunciat iniustam fuisse, illud statim consequens fit, etiam tacente appellationis iudice vt priorem illam sententiam executioni suæ mandari oporteat, idque non ab ipso appellationis iudice, sed ab eo qui sententiam tulit, ne alioqui iniusta appellatio quicquam de ipsius iure ac iurisdictione imminuisse videatur. In eoque errant sanè nostri qui ex hoc Scæuolæ responso colligunt, Ea quæ facta sunt pendente appellatione reuocari in pristinū statū per officiū iudicis appellationis, Moti vt credibile est, ex eo tātū quod Scæuola loquitur de ablato fundo postquā locutus est de appellatione iniusta pronūciata. Sed pessima cōsecutio est, quoniā ordo ille scripturæ, ordinē dūtaxat rei gerēdæ demōstrat, quia non potuit fundus aufferri pupillo ante latā super appellatione sententiam, At non probat neque vlla ex parte præsefert eiusdem iudicis autoritate fieri vt & appellatio iniusta pronuncietur, &

l. 1. §. si quis ergo & seq. D. nihil innou. appell. pendent.

Error interpretum.

fundus pupillo auferatur. Ponendum igitur est fuisse ablatum in executionem prioris sententiæ & ab illo ipso, qui eam tulit ad quem scilicet pertinuit sententiam suam executioni demandare, nisi fortè probabilius est quod esse arbitror, vt eiusmodi executio neque primi neque secundi iudicis autoritate fiat, sed imperio magistratus qui iudicem vtrumque dederit, Postquàm placuit Diuo Pio, vt magistratus iudicum à se datorum sententias exequantur *l. à Diuo Pio 15. in princip. D. de re iudicat.* Vix enim est vt ad eundem magistratum non pertineat iudices dare in vtraque causa tam prima quàm appellatoria, sed tamen hoc quoque admisso, illud nihilominus semper verum erit faciendam esse à magistratu executionem & auferendum pupillo fundum ex causa prioris non posterioris iudicati, Nam si ad tempus illud prioris sententiæ omnia non retrotraherentur ex quo pronunciatũ est iniustam esse appellationem, vtique non posset dici cur pupillo qui antè pronunciationem illam & appellatione pendente comparasset, fundum à vero domino emptum auferri oporteret.

l. à Diuo Pio 15. in princ. D. de re iud.

ILLATIO LVIII.

De tutore qui iussus est tutelam exercere eodem more quo exercebat viuo testatore.

QVinquagesimooctauò ex eodem Principio fit, quod tractat idem Scæuola in *l. qui negotiationem 58. in princip. D. eod. tit.* Qui negotiationem inquit, per Pamphilum & Diphilum priùs seruos postea libertos exercebat, suo testamento eos tutores reliquit, & cauit vt eidem more negotium exerceretur, quo se viuo exercebatur. Hi tutelam administrauerunt, non tantùm cum impubes patroni filius fuisset, sed etiam post pubertatem eius. Sed Diphilus quidem cum incremento negotiationis rationes obtulit, Pamphilus verò putauit se reddere oportere non ad incrementum negotiationis sed ad computationem vsurarum, quæ in tutelæ iudicio præstari solent ex constitutionibus, quoties tutor pupilli pecuniam in suos vsus conuertit, id est quæ maximè sunt & centesimæ vt suprà iam non vno loco explicauimus. Quæsitum est à Scæuola, An secundum voluntatem defuncti exemplo Diphili Pãphilus quoque rationem reddere deberet. Respondit ille debere. Rationem subiungit Claudius Tryphoninus, qui ad Scæuolam notas scripsit, Quia lucrum facere ex tutela nõ debet. Neque enim præstaret tutor eam fidem & diligentiam in rebus pupilli, quam in suis præstare bonus diligénsque paterfamilias solet si lucrum captaret, non dicam ex damno pupilli, sed ex tutela in qua nihil nisi vtilitatem pupilli spectare tutor debet. Et quemadmodum procurator quilibet alterius mandatu negotia gerens in omnibus ex bona fide rationem reddere cogitur, ita vt si quid ex lite consecutus sit siue principaliter ipsius rei nomine siue extrinsecus ob eam rem, debeat mandati iudicio id restituere, etiamsi fortè per errorem aut iniuriam iudicis id fuerit consecutus *l. qui proprio 46. §. procurat. D. de procurat.* Ita & multò magis idem in tutore obseruari oportet, qui multò plus quàm procurator est cùm officium publicum gerat sibi à magistratu iure publico mandatum. Quamquam in proposita specie non tantùm ratio illa iuris & bonę fidei facit contra Pamphilum, sed etiam voluntas testatoris, qui expressim iussit negotiationem se mortuo exerceri à libertis iisdémque tutoribus

l. qui negotiationem 58. D. de adm. tutor.

l. qui proprio 46. §. procurator D. de procurat.

ribus eodem prorsus more quo se viuo exercebatur. Etsi autem videtur ea voluntas ad tempus tutelæ relata fuisse,& ideo pubertatis annos egredi non debuisse, quæ tota erat ratio dubitandi pro Pamphilo, Cùm tamen tutores ambo etiam post pubertatem perseuerassent in connexa administratione tutelæ, perinde iudicio tutelæ tenebantur eorum omnium nomine quæ gesserant post pubertatem, atque cæterorum quæ ante pubertatem *l.tutor* 11. *C.arbitr.tut.* quoniam vt alio loco monuimus, tutela quidem finitur pubertate vt ex eo tempore neque tutor inuitus retineri possit in necessitate muneris obeundi, neque inuitus pupillus tutorem habere cogatur, sed non officium tutelę quousque vel rationes sint redditæ vel saltem accepti curatores *l.à tutoribus* 33. *§. officium D. de admin.tutor.*

l.tutor 11. C.arbitr. tutel.

l.à tutoribus 33. § officiũ D. de adm. tutor.

ILLATIO LIX.

De vsuris vsurarum pupillarium contutori aut curatori præstitarum.

QVinquagesimonono ex eodem Principio fit, vt siue in contutorem, siue in curatorem translatæ sint vsuræ pupillares quas vnus ex tutoribus contutori aut tutor curatori præstiterit, earum quoque vsurarum vsurę debeantur, licèt dici soleat accessionis accessiones nullomodo deberi posse *l.vlt.C. de vsur.* Nimirum quia vsuræ illæ exactæ transeunt in sortem hoc ipso quod in nouum debitorem transferuntur,& omnis summa sors efficitur, inquit Scæuola in *d.l.qui negotiationem* 58. *§.vlt. De adm.tut.* Sic enim & alius quilibet bonus ac diligens paterfamilias in rebus suis negotiari solet, vt quantum facere potest vsuras à se exactas conuertat in sortem quæ vsuras nouas parere possit. Quò etiam pertinet quod idem Scæuola respondit in *§. ex duobus d. l. qui negotiationem.* Ex duobus tutoribus pupilli altero defuncto adhuc impubere pupillo, is qui supererat ex persona pupilli sui iudice accepto consecutus est cũ vsuris, quantum ex tutela ad tutorem defunctum peruenerat. Quæsitum est iudicio tutelæ quo experitur pubes factus, vtrum eius tantũ portionis quæ ab initio ex tutelæ ratione peruenerat ad defunctum contutorem vsuræ veniant, an etiam eius summæ quæ ex sortis vsuris pupillo aucta post mortem contutoris ad superstitem contutorem æquè cum sorte translata sit aut transferri debuerit. Respondit Scæuola, si eam pecuniam contutor in se suósque vsus vertisset, omnium pecuniarum vsuras præstandas,& quidem maximas ac centesimas, vt suprà diximus illat. 51. Quòd si pecunia mansisset in rationibus pupilli, præstandum quod ex ea tutor percepisset, vel percipere potuisset si diligentis patrisfamilias more in rebus pupillaribus versatus fuisset. Finge illum cùm fœnori dare posset neglexisse. Hoc ipsum præstabit quod fœnoris nomine ab alio accipere potuisset. Idque est quod significant verba illa *si fœnori dare cùm potuissent, neglexissent*, Sic enim lego *si fœnori* non vt vulgo *sed fœnori*. Rationem adfert, quia id quod ab alio debitore nomine vsurarum cùm sorte datur ei qui accepit, totum sortis vice fungitur, vel fungi debet.

l. vlt. C. de vsur.

d.l.qui negotiationem 58.§.vlt.D. de adm.tut.

§ ex duobus d.l.qui negotiationem.

ILLATIO LX.

De tutoribus datis, in testamento quod ruptum videbatur qui cessauerunt in administratione.

SExagesimò ex eodem Principio fit, quod scriptum est in *§. testamento d. l. qui negotiationem.* Testamento dati tutores, inquit Scæuola, quod ruptum

d. l. qui negotiationem §. testamẽto.

videbatur, cessauerunt in administratione tutelæ, & à præside datus est tutor pupillo quasi nullus esset testamentarius. Postea iussi sunt etiam hi qui testamento tutores dati erant, tutelam administrare coniunctο eo, qui à præside datus erat. Quæsitum est an ad testamento datos (sic namque legendum est non *ex testamento*) periculum administrationis, vtrum ex apertis tabulis, an ex quo tantùm iussi sunt pertineat. Respondet Scæuola, Ad eos de quibus quæreretur nullum antecedentis temporis periculum pertinere. Dubitandi causa erat, quia non videbantur tutores testamẽtarij fecisse in rebus pupilli quod prudens & diligens paterfamilias in re sua ex bona fide facere debuisset, cùm ex die apertarum tabularum sciuerint se tutores datos, & nihilominùs cessauerint in administratione: Neque excusare illos potest, quod toto illo anteriore tempore nondum essent confirmati. Tunc enim periculum administrationis à die confirmationis incipit, cùm necessaria est tutori confirmatio, quod non contingit nisi eo casu quo tutoris datio non valet, quia fortè tutor datus sit, vel à quo, vel cui, vel vbi, vel quomodo non potuit *l.2.C.de confirm.tutor.l.1.& pass.D.eod.* At in proposito hi tutores vtiliter dati erant, neque confirmatione indigebant, quia testamentum quod ruptum credebatur, postea apparuit reuera ruptum non fuisse. Non igitur confirmationis tempus expectare debuerunt. Sed ratio decidendi est, quia licèt testamentum ruptum non esset, ruptũ tamen credebatur, nec tantùm ab his tutoribus, sed ab ipso quoque præside, qui ob eam causam tutorem alium dederat, cuius dãdi neque necessitas, neque causa vlla subesset, si testamentarius vel vnus adesset: ob idque non potest eis imputari cur cessauerint quousque iussi sunt administrare. Nam nec interponere se potuerunt ex quo præses se interposuit, & alium tutorem dedit. Et quamuis prætor postea iusserit eos administrare tanquam testamentarios, non ideò tamen ex die aperti testamenti possunt videri negligentes fuisse, quandiu administrare iussi non sunt, Esset autem iniquissimum retrotrahi periculum in longius tempus, quàm retrotrahi possit negligentia & culpa, cùm ex ea negligentia, culpáque periculum proficiscatur. Eadem ratio facit, ne curatores teneantur pro tutoribus antecedentibus nisi quatenus negligentes fuerunt in exigendo *l.1.C.eod.*

l.2.C.de cõfirm.tut.l.1. D.eod.

ILLATIO LXI.

De tutore qui datus fuit, & pupillo heredi instituto & filiæ exheredatæ.

SExagesimoprimò ex eodem Principio fit, vt si quis pupillo herede instituto, filiæ exheredatæ duo millia nummorum aureorum legauerit, eosdémque tutores vtrisque dederit, teneantur illi tutelæ iudicio pupillæ vsurarum nomine, ex quo die duo illa millia potuerunt à substantia hereditatis separari, & in nomina collocari *d.l.qui negotiationem §.pupillo*, Quoniam etsi vtilitas pupilli, cuius & ipsi tutores sunt, suadere videbatur ne tam citò ea pecunia ab hereditate separaretur, pupillæ tamen æquè ac pupillo cõsulendum fuit, ne quid damni & incõmodi ex tutorum negligentia pateretur, Præsertim cùm nec ea res pupillo damnosa esset, cuius etiam intererat vt quàm primùm fieri posset ab eo debito liberaretur. Itaque quod in pupillo vno seruaretur, idem in duobus seruandum est vt vsuras tutor debeat ex quo die potuit idoneos debitores inuenire & neglexit *l.tutores 24.C.de adm.tutor.* præsertim si semestre effluxerit

d.l.qui negotiationem§. pupillo.

l.tutores 24. C.de adm. tutor.

rit quod in eam rem id est quærendis debitoribus & collocandis pecunijs præstitutum fuit. *l. si tutor* 15. D. *eod.* Id enim tempus ideò datur, ne possit tutor cõqueri non potuisse se tam citò idonea nomina contrahere, At non etiam vt sit impunita eius negligentia si antè præteritum semestre debitores idoneos inuenerit, & neglexerit. Perpetuum siquidem illud est, vt condemnandus sit tutor quoties imputari ei potest cur non in rebus pupilli eam præstiterit diligẽtiam, quam bonus paterfamilias in suis rebus ex bona fide præstare deberet, & idcirco sic loquitur Scæuola *ex eo die quo neglexerint*, nullo scilicet certo tẽpore expresso. Et sanè quemadmodum imputatur tutori, siue à seipso non exegerit, quod pupillo suo debuit, siue sibi ipsi non soluerit ex bonis pupilli quod ei à pupillo debitum fuit *l. quoties* 9. *§. sicut autem eod. tit.* Ita & ipsi potest imputari, cur non soluerit pupillæ exheredatæ quod ex pupilli instituti bonis soluere potuit & debuit, separando & delibando legatum à substantia hereditatis. Vtriusque enim pupilli patrimonia separatim & tanquam singula singulorum intueri debet, qui vtriusque tutor est, & sic vniuscuiusque ipsorum rem agere, acsi eius solius tutelam administraret.

l. si tutor 15. *D. eod.*

ILLATIO LXII.

De tutore eodémque creditore pupilli paciscente cum cæteris creditoribus.

SExagesimosecundò ex eodem Principio fit, vt pactum quod tutor idémque pupilli creditor facit cum cæteris creditoribus pupillaribus, etiam in seipso seruare teneatur, *l. cùm hereditas* 59. *eod. tit. l. cùm in eo* 44. *D. de pact.* vbi scriptum est, Cùm hereditas patris ære alieno grauaretur & res in eo statu videretur vt pupilla ab hereditate patris abstineretur, vnum ex tutoribus cum plerisque creditoribus ita decidisse, vt certa crediti portione contenti essent. Iidem curatores iam viripotenti accepti cum plerisque creditoribus deciderunt. Quæsitum est, inquit Scæuola, An si aliquis tutorum creditor patris pupillæ solidam pecuniam expensam sibi ex re pupillæ cum vsuris fecerit reuocari à curatoribus pupillæ ad eas portiones possit, quas cæteri quoque creditores acceperunt. Respondit eum tutorem qui cæteros ad portionem vocaret, eadẽ portione contentum esse debere, Nimirum quia quod ipse ex bona fide nomine pupilli cum cæteris gessit, & æquum esse putauit, non nisi perfidè agendo possit in persona sua recusare & iniquum existimare: Nam & generale est vt siue tutor nomine pupilli, siue curator furiosi vel adolescentis aliquod ius iniquum postulet, coercendus sit eo edicto quo cauit prætor vt quod quisque iuris in alium statuerit eodem ipse vtatur *l.* 3. *§. si tamen tutor* D. *quod quisq iur.* quamuis aliud sit in procuratore nisi in rem suam dato vt eadem lex ait. Adeò verum est quod suprà diximus & tutorem & curatorem in administratione rerum pupilli vel adolescentis plus quàm procuratorem esse. Quamquam videtur ipsa quoque pupilli vtilitas aliud ius desiderasse, Cùm verendum sit ita posito iure & in tanta hominum auaritia ne tutores dum sibi timent aut negligentiùs aut minore pupilli commodo cum cæteris creditoribus decidant. Siquidem iis imputari numquam potest cur non deciderint, aut cur non meliore condicione, quia nec facilè probari potest creditores quicquam de suo iure remissuros fuisse, si de eo interpellati à tutoribus fuissent.

l. cùm hereditas 59. *eo. tit. l. cùm in eo* 44. *D. de pact.*

l. 3. *§. si tamen tutor.* D. *quod quisque iuris.*

ILLATIO LXIII.

De tutore præstante autoritatem pupillo in rem suam.

l.1.l pupillus 5 D de aut. & conf.tut.

SExagesimotertiò ex eodem Principio fit, vt tutor pupillo autoritatem præstare non possit in rē suam nisi per consequentias *l.1.l.pupillus* 5.D. *de autor.& conf.tutor.* Nam præter eam huius iuris rationem quam in superioribus alio loco attulimus, fieri certè non potest vt in iis negotiis quæ nouo inter pupillum & tutorem ipsum contractu indigent, tutor pro pupillo eam fidem & diligentiam præstet quam in suis rebus præstaret, cū ita cōparatum sit, vt sibi quisque malit bene esse, quàm alteri. Et verò iniquum esset tutorem ob susceptum siue ex pietate siue ex necessitate officium tutelæ, in eas coniici angustias, vt vel perfidè rem pupilli, vel malè suam gessisse crederetur.

ILLATIO LXIV.

De tutore qui gessit negotium sibi commune cum pupillo.

l.vltim. D. quand. ex fact.tutor.

SExagesimoquartò ex eodem Principio fit, vt si tutor qui & pupillo coheres erat cùm conueniretur, fideicōmissi in diem vel sub condicione relicti nomine in solidum ipse cauerit, in adultum pupillum pro parte danda sit vtilis actio *l.vlt.D.quand.ex fact.tutor.* Quia numquam apertiùs videri potest tutor eam in rebus pupilli diligentiam & bonam fidem præstitisse quam bonus & diligens paterfamilias in rebus suis præstare solet ac debet quàm cùm gessit communiter negotium quod sibi cùm pupillo commune erat, Maximè verò cùm nihil fecit nisi quod ex iure communi facere debuit, vt in proposito, Edictum enim prætoris heredes obligat vt legatorum aut fideicommissorum siue in diem siue sub condicione relictorum causa cauere compellantur *tot. tit. Vt legat.seu fideic.seruand.caus.caueat.* Nec quod tutor solus cauerit, neque adiecerit se tam pupilli quàm suo nomine cauere, ad rem facit, quominùs contra pupillum pro parte vtilis actio danda sit, tanquam pro ipso quoque præstita cautione. Nam cùm tutor fideicommissi nomine non tantùm proprio sed etiam tutorio nomine conueniretur, quia nec ab eo solo fideicommissum relictum fuerat, sed à pupillo quoque eodémque coherede, apparet vtriusque nomine caueri debuisse: Ideóque nō malè ex eo loco solent nostri colligere post Bart. Quoties negotium pro parte spectat ad tutorem pro parte ad pupillum, videri tutorē pro vna parte fecisse nomine proprio, pro alia nomine tutorio.

ILLATIO LXV.

De crimine & actione suspecti, Et de tutore qui expilauit substantiam pupilli.

l.3. §. nunc videamus D.de susp. tutor.

SExagesimoquintò ex eodem Principio fit, vt suspecti tutoris crimen lege 12. tabul. inductum fuerit ob dolum in tutelà per tutores admissum si fortè grassati sint in tutela vel sordidè egerint vel perniciosè pupillo, vel aliquid ex rebus pupillaribus interceperint iam tutores constituti, Non etiam si quid admiserint, antequàm tutores essent quamuis in bonis pupilli vel in tutela *l.3.§.nunc videamus D. de suspect.tutor.* vbi ratio redditur quia delictum tutelam præcesserit, Et ideo si tutor antequam tutor esset pupilli substantiam expilauerit, sed antequàm pupillus heres esset accusari debet crimine expila-

expilatæ hereditatis, sin minùs, id est, si expilauerit post iam acquisitam pupillo hereditatem, accusari debet crimine furti. Sic enim lego & intelligo Vlpiănum in *d. §. nunc videamus in fin.* vbi manifesto errore scriptum est *tutor* pro *heres* in illis verbis *antequàm tutor esset*, siue per inscitiã librarij quē literarum & similitudo & numerus fefellerit, siue per audaciam imperiti interpretis, quem illud deceperit, quod putauit Vlpianum agere de tutore cùm ageret de pupillo, Non animaduertens, Casum quidem illum tractari, quo tutor priusquàm tutor ipse esset pupillarem substantiam expilauerit, sed tamen illud etiam ab Vlpiano requiri, vt ea expilatio facta sit priusquàm pupillus heres esset, Ne alioqui nullus distinctioni locus relinquatur, An agendum sit crimine expilatæ hereditatis an furti. Nam si ponas expilatam à pupilli tutore hereditatem quæ pupillo delata fuerat, quamuis addas expilatam fuisse antequàm hic tutor esset, non ideò tamē aduersus eũ competet actio expilatæ hereditatis, si iã acquisita erat pupillo hereditas fortè paterna quæ suo heredi acquiritur ipso iure, aut aliena quam idem pupillus agnouisset alio tutore autore, quoniam hereditas post acquisitionem nulla est, tanquam conuersa in patrimonium heredis: Et è contrario, si ponas expilatam fuisse antequàm pupillus heres esset, non eo magis competet actio furti contra tutorem quod expilauerit iam tutor factus, quia furtum hereditati facere nec tutor, nec alius quisquam potest *l. 1. §. Scæuola D. si quis testam. lib. ess. iuss.* Neque rursus conuenit Vlpiano, qui in tota posteriore parte *d. §. nũc videamus*, eum solum casum tractat, quo expilatio substãtiæ pupillaris facta sit à tutore antequàm tutor esset, cùm in prima parte egisset de contrario casu quo tutor post susceptam tutelam perfidè quid egerit circa res pupillares. Illa autem subdistinctio quam Vlpianus subiicit vt sciatur, Quanã actione conueniendus sit tutor eo casu quo suspectus fieri non potest, An expilatæ hereditatis an furti, non ex eo pendet an tutor expilauerit antè vel posteà quàm tutor factus fuit, sed ex eo solo, An expilauerit priùs quàm pupillus heres esset an post, quia sicut earum rerum nomine quæ subtractæ sunt ante aditam hereditatem agendum est expilatæ hereditatis, Ita & furti de iis quæ post aditam hereditatem expilatæ fuerunt. Neque verò necesse erat Vlpianum ea verba repetere *antequàm tutor esset*, cùm præcedens dictio *proinde* satis per se ostēderet eum ipsum casum tractari de quo proximè dictum fuerat, id est de tutore qui substantiam pupilli expilauerat antequàm tutor esset. Quòd si quis obiiciat non nisi valde impropriè potuisse ab Vlpiano *substantiam pupilli* dici eam hereditatem quę pupillo nondũ fuisset acquisita, Respondebo, immò valdè propriè ita locutum fuisse Vlpianum, Relatione scilicet facta non ad tempus expilationis, sed ad tempus quo fiat locus quæstioni propositæ, id est quo & pupillus heres & tutor ei creatus sit, cùm expilationis tēpore neque hic tutor, neque pupillus adhuc heres esset. Expilatæ namque hereditatis crimen, licèt pro expilatione ante aditam hereditatem facta competat, exerceri tamen nisi ab eo qui iam heres sit, non potest.

Emendatus Vlpia. in d. §. nunc videamus.

l. 1. §. Scæuola D. si is qui testam. lib. ess. iuss.

ILLATIO LXVI.

De admittendis per iudicem tutelæ reputationibus tutoris.

SExagesimosextò ex eodem Principio fit quod scriptum est in *l. 2. D. vbi pupill. educ. deb.* Officio iudicis qui de tutelæ actione cognoscit cōgruere, vt

l. 2. D. vbi pupill. educ. deb.

reputationes tutoris non improbas admittat,vt puta si tutor dicat impendisse se in alimenta pupilli, vel disciplinas. Modum autem siquidem prætor arbitratus est eum seruari debere,quem ipse statuerit, si verò prætor non est aditus,pro modo facultatum pupilli debere arbitrio iudicis æstimari, Nec enim permittendum esse tutori tantùm reputare quantum dedit si plus æquo dederit. Hoc amplius, etsi prætor modum alimentis statuit, veruntamen vltra vires facultatum est, quod decretum fuit, nec suggessit prætori tutor de statu facultatum,non debere rationem haberi alimentorum omnium, quia si suggessisset,aut minuerentur iam decreta, aut non tanta decernerentur. Sed etsi pater statuerit alimenta liberis quos heredes scripserit,ea quidem pręstando tutor reputare poterit si non sint vltra vires facultatum,si secus imputabitur tutori cur non adito prætore desiderauerit alimenta minui. Cur ita hæc omnia? Nimirum quia non aliter boni & diligentis patrisfamilias vice functus videri tutor potest quàm si in alimentis pupillo præstandis & tēperandis totā hanc diligentiā adhibuerit. Et cessante tutore id facere quod ex bona fide fieri oportet circa rerum pupillarium administrationem, pertinet ea res ad curam prætoris,vt in statuendo tutori modo alimentorū,alius quidā & supremus tutor esse videatur: Vt vice versa prætoris officium quodammodo implet tutor, qui etiamsi non adeat prætorem, sua tamen prudentia sic rem pupilli agit, vt nec aliud, nec melius quicquam fuerit ei prætor imperaturus. Etsi tutius consilium est pro tutore quantumuis probo,prudente,ac diligente vt in his rebus quæ pendent ex arbitrio illius qui de tutela cogniturus est,curet sibi à prætore alióve magistratu ad quem ea res pertinet,pręscribi exactè quantū fieri potest quid aut faciēdū aut cauendū habeat,ne postea vel calūniā,vel damnū aliquod patiatur,tametsi conscius sibi sit nihil à se gestum nisi ex bona fide,illud sanè constat ea omnia quæ Vlpianus in *l.3.eod.tit. vbi pupill.educ.deb.* scribit pertinere ad officium prætoris cognoscentis de modo alimētorum pupillo adultóve præstandorum,tutoribus quoque & curatoribus aptari posse: Nempe vt modum patrimonij spectare debeant & alimenta præstare tam moderatè, vt non vniuersum patrimonij reditum in alimenta eroget,sed semper sic, vt aliquid ex reditu supersit. Sed & ante oculos habere debent mancipia quæ pupillis deseruiunt,& mercedes pupillorum,& vestem & tectum pupilli, Ætatē etiam contemplari in qua constitutus est pupillus cui alimenta præstātur:cùm pro incremētis ætatis alimenta quoq; maiora præstari necesse sit *l.cùm vnus* 10. *§. vlt.D.de alim.& cibar.legat.* In amplis tamē patrimoniis non cumulus patrimonij,sed quod frugaliter sufficit modum alimētis dare debet,Nam & prudens quilibet paterfamilias in re sua sic æstimaret: Ac quoniam vix alimenta expediri possunt,sine præsenti pecunia,illud primùm inspicere tutor debet quam penes se summam habeat,Nā & cùm nō cōstat quis modus facultatum sit,inter tutorem & eum,qui alimenta decerni desiderat,sicuti suscipere debet prætor cognitionem, nec temerè alimenta decernere, ne in alterutram partē delinquat,maioribus aut minoribus decretis quàm oporteat alimentis, Ita priùs exigere à tutore debet vt profiteatur, quæ sit penes se summa: & comminari fore vt grauiores ei vsuræ infligantur eius quod supra possessionem apud eum fuerit deprehensum. Quod autem & prætor & tutor facere debet in alimentis pupillo,vel adulto aut decernendis,aut erogandis,Idem ad instructionem quoque pupillorum,vel adolescentium pupillarum, vel earum quæ intra

l.3.eod.tit.

l.cùm vnus 10.§.vlt.D. de alim. & cibar.legat.

intra vicesimumquintum annum constitutæ sunt, faciendum est, Habito scilicet respectu facultatum & ætatis eorum, qui instruuntur. Eadem namque ratio est eorum quæ impenduntur in alimenta, & quæ in disciplinas cùm tutor non minùs moribus quàm rebus pupilli, itémque curator præponatur. *l. cùm plures 12. tutor §. cùm tutor D. de admin. & peric. tutor.* Sed si egeni sint pupilli de suo eos alere tutor non tenetur, Non ob id solùm quod nec vice versa tutorem egenum alere pupilli tenentur *l. à tutoribus 33. §. vltum.* D. *eod. tit.* Sed etiam quia excedit hæc res terminos diligentiæ quam tutor præstare debet pupillo, trãsitque in liberalitatem, cuius exercendæ, neque tutori, neque a lij vlli necessitas imminere potest, cùm nihil sit tam contrarium liberalitati, quàm necessitas *l. vnum ex familia 67. §. 1. De legat. 2.* Sed etsi fortè post decreta alimenta pupillus ad egestatem perductus fuerit diminui debent quæ vel à prætore decreta, vel à tutore præstari solita sunt, quemadmodum solent augeri si quid patrimonio accesserit. Atque hæc de alimentis pupillo præstandis dixisse sufficiat iunctis iis quæ scripsimus illat. 20. Sed nec illud prætermittendum est quod Alexand. constituit in *l. 2. C. de alim. pupill. præst.* Idipsum scilicet quod nos iam diximus Tutores & eos qui negotia aliena gerunt pro officio suo posse facere quod plerumque postulatur, vt arbitrio prætoris alimenta pro modo facultatum pupillis, vel iuuenibus constituantur. Cæterùm si bonus vir & innocens tutor arbitrio suo aluit pupillos non dubiè accepto ferre debebunt ea quæ alius quilibet vir bonus arbitrabitur meritò ad exhibitionem educationis, ministeria, studiáque erogata esse, Quia interdum necesse est ita fieri etiam sine decreto *l. 3. C. de admin. tutor.* Ne secreta patrimonij & suspectum æs alienum pandatur, quod melius est interim taceri, quàm cùm de modo facultatum quæritur vltrò proferri & apud acta ius dicentis contra pupillorum vtilitatem designari. Nec ferendus est iuuenis, inquit Imp. qui cùm præsens esset studiisque eruditus, atque alitus à tutore sumptus recuset quasi vento vixerit, aut nullo liberi hominis studio imbui meruerit si non probet ista se omnia ab alio quàm à tutore fuisse consecutum. In summa id perpetuò tenendum est, quod scriptum est in *d. l. 3.* Quicquid à tutoribus, siue curatoribus bona fide erogatur, potiùs iustitia quàm aliena autoritate firmari.

l. cùm plures 12. §. cùm tutor D. de admin. & peric. tut.

l. à tutoribus 33. §. vlt. eo.

l. 2. C. de alim. pup. præst.

l. 3. C. de admin. tutor.

ILLATIO LXVII.

De tutore per cuius absentiam aliquid damni aut incommodi accidit pupillo.

SExagesimoseptimò ex eodem Principio fit, vt si per absentiam tutoris aliquid damni aut incommodi pupillo emergat, siue quòd interim alimenta non habeat, siue quod ipsius negotia periclitentur, & ideò quæratur an remouendus ille sit tanquam suspectus, an curator ei adiungendus, Distingui oporteat an absentia illa necessaria & improuisa acciderit, fortè quòd subito ad cognitionem principalem profectus nec rei suæ prouidere, nec consulere pupillo potuerit, An verò negligentia & nimia cessatio in administratione tutori obiiciatur, quæ etiam ex hoc arguatur, & damnosior probetur, quod per absentiam eius deserta derelictáque sint pupilli negotia. Hoc enim posteriore casu enocatis adfinibus atque amicis tutoris prætor edicto proposito causa cognita etiam absente tutore, vel remouendum eum qui tali nota dignus vide-

L. vlt. D. vbi pupill. educ. deb.

bitur, decernet, vel adiungendum curatorem, & ità qui datus erit expediet alimenta pupillo. Priore verò casu si absens tutor & idoneus sit & speretur redire nec expediat adiungi alium, & pupillus de re sua alimenta postulat, alius quidem tanquam curator constituendus erit, sed ad hoc solùm vt ex re pupilli alimenta expediat. Sic enim Tryphoninus distinguit in *l. vlt. D. vbi pupil. educ. deb.* vbi tamen vereor, ne pro *rectè* legendum sit potius *curat*, id est *curator*, alioqui deerit nomen ad quod referri possit verbum *constituetur*, & quod sequitur *expediat*. Huius autem distinctionis ratio tota ex eo pendet quòd non possit imputari tutori absentia quæ tam improuisam, & necessariam causam habet, vt impediat ne possit ille propriis quoque rebus consulere. Cùm non ad aliud tutor ex officio obligetur, quàm vt in rebus pupilli eam præstet diligentiam quam in propriis præstare diligentis patrisfamilias exemplo & potest, & debet.

Emendatus Tryphoninus.

ILLATIO LXVIII.

De actione & arbitrio tutelæ.

SExagesimooctauò ex eodem Principio fit quod scriptum est in *l. 1. D. de tutel. & rat. distr.* In omnibus quæ fecit tutor cùm facere non deberet, itē in his quæ non fecit cùm facere deberet, rationem illum reddere debere iudicio tutelæ, præstando dolum, culpam, & quantam in rebus suis diligentiam. In eámque rem nimirum comparata est actio tutelæ quæ & arbitrium appellatur in *tit. C. arbitr. tutel.* quia quid & quantum in quaque re idoneus & diligens paterfamilias facere potuerit & debuerit tam incertum est ex temporũ, & negotiorum quæ occurrunt, aliarúmque circumstātiarum varietate, vt nullis id certis regulis definiri possit, pendeátque necessariò ex arbitrio & æstimatione iudicantis, vt & cætera omnia quæ in facto magis quàm in iure consistunt *l. mora 32. in princip. De vsur. l. 1. §. 1. vers. quorum alterutrum D. ad SC. Turpill. l. ordine* 15. D. *ad municip.* Nec tantùm in tutoribus & curatoribus hoc obtinet, vt gestionis & administrationis suæ rationes reddere, ac dolum culpámque præstare debeant, sed in cæteris quoque omnibus alienorum negotiorum gestoribus, aut etiam communium, aut quæ ex causa & obligatione iam nata possint aliquo casu vel tempore ad alium pertinere. Huiusmodi sunt curatores omnes, siue adolescenti, siue ventri, siue bonis dati sint, siue prodigo aut furioso. Etsi námque inter istos differentia illa est, quod curatores adolescentis, furiosi & prodigi habent rerum administrationem, curatores autem bonorum, ventrisque non nisi custodiam *l. inter* 38. *D. de admin. tutor.* tamen hi quoque necessitatem habent vendendi eas res, quæ per moram deteriores futuræ sint, vt ibidem Iurisc. scribit quo nomine rationes etiam conficere ac reddere tenentur. Huiusmodi sunt etiam negotiorum gestores *l. 2. D. de negot. gest.* procuratores tam ad lites, quàm ad negotia *l. qui proprio* 46. *§. procurator D. de procurat.* Orphanotrophi seu hospitalarij *Nouell.* 131. *De eccles. titul. cap. vlt.* Heredes grauati fideicommisso *l. vlt. C. de iur. delib.* De quibus Bart. ad *l. cùm tale* 72. *§. Titius heredem* D. *de condic. & demonstr.* Item socij, fratres administrantes bona communia, Patres negotia filiorum gerentes, officiales publici, Argentarij, quæstores puplici, & alij quos congerit Gothofr. ad *d. l. 1. §. officio D. de tutel. & ration. distr.* vbi scriptum est consequenter superioribus officio tutoris

l. 1. D. de tutel. & rat. distr.

tit. C. arbitr. tutel.

l. inter 36. D. de admi. tutor.

l. 2. D. de negot. gest.

l. 1. §. officio D. de tutel. & rat. distr.

toris incumbere vt actus sui rationes cõficiat & reddat. Quomodo enim posset reliqua soluere non redditis rationibus? Aut quomodo rationes reddere quas non priùs confecisset? Nam & inde est quod inuentarium facere cogitur. Alioqui contra eum iurari in litem potest *l.tutor qui repertorium* 7. *D.de adm. & peric.tutor.* Neque enim nullo facto inuentario sciri posset quid & quantum illud esset, cuius rationem reddere tutor deberet.

ILLATIO LXIX.

De tutore præstante autoritatem pupillo ad donandum.

SExagesimononò ex eodem Principio fit, vt si tutor pupillo auctor fit ad donandum inter viuos non valeat donatio, quia non est prudentis & diligentis patrisfamilias donare, cùm donare sit perdere *l.filiusfamilias* 7.D.*de donat.* *d.l.1.§.sed etsi non mortis* D.*de tutel.& rat.distr.* vbi addit Vlpianus, plerumque quidem ita esse, sed nonnullos casus posse existere, quibus sine reprehensione tutor autor fit pupillo ad diminuendum, Veluti si matri aut sorori quæ aliter se tueri non possint, alimenta tutor præstiterit. Nam cùm bonæ fidei iudicium sit, Nemo feret, inquit, aut pupillum, aut substitutum eius quærentes, quòd tam coniunctæ personæ alitæ sint, Quinimò per contrarium putat posse cum tutore agi tutelæ, si tale officium prætermiserit. Ex quo intelligimus, non esse hoc casu necessarium prætoris decretum. Cur enim cogatur tutor implorare decretum prætoris in ea re, quam ex officio facere non solùm possit, sed etiam debeat, & quam nisi faciat sit eo nomine iudicio tutelæ, quod infamiam irrogat, condemnandus? Quod si ita est fatendum erit inepti esse interpretis verba illa quæ nos in referẽdo Vlpiano consultò prætermisimus *decreto scilicet interueniente.* Nam & dictio illa *scilicet* ostendit manifestè hanc esse interpretationem, quam si quis adscribere nolit interpreti, eũ oportebit adscribere Vlpiano qui toto illo §.non tam suam quàm Iuliani sententiam refert, probátque. Iulianus enim proculdubio decreti interpositionẽ non requirebat, vt nec Labeo, quem idem Vlpianus refert in *d.l.1.§.præterea.* Neque ratio iuris patitur, vt nos requiramus. Alioqui scribere debuerant Iulianus & Vlpianus condemnandum esse hunc tutorem officio tutelę, nõ quòd alimenta tam coniunctis personis non præstitisset, si ea sine decreto præstare etiam volens non potuisset, sed quod de iis præstandis decretum à prętore nõ impetrasset, quod tamen neque Iulianus, neque Vlpianus scribit. Illud planè non nego prudentius facturum tutorem, si prætorem adeat & postulet decretum, vel ob hoc ipsum ne quæstioni locum relinquat, An fuerit prætor adeundus. Quid autem si tutor pupillo autor fuerit ad donandum causa mortis? Non eadem ratio semper impediet donationem, Siquidem is qui donat causa mortis non tam suum quàm futuri heredis patrimonium diminuit, cùm malit se habere quàm donatarium, hunc autem magis quàm heredem suum *l.1.l. Senatus* 35.§.1.D.*de donat.caus.mort.* Quia & huiusmodi donationes plerumque ita fiunt, vt dominium rei donatæ non transeat in donatarium nisi post mortem donatoris, Vnde est quod dicuntur capi ad instar legatorum *l.illud* 37.*eod.tit.l.vlt.*C.*eod.*id est transire ex iis dominium in donatarium sine traditione *l.2.D.de public.in rem act.* Sed tamen verum est, neque huiusmodi donationem à pupillo factã valere tametsi autoritas interuenerit tutoris, At alia

d.l.1.§.sed etsi non mortis eod. tit. l. filiusfamilias 7.D. de donat.

Emendatus Vlpianus.

d.l.1.§.præterea de tutel. & rat. distr.

l.2.D.de public. in rem act.

ratione, quia ſicuti teſtamenti factio pupillis conceſſa non eſt, ita nec mortis cauſa donationes iis permittendæ ſunt, inquit Vlpianus ex Iuliano in *d.l.* 1.*§. De tutel.& ration.diſtr.* quia nimirum generaliter verum eſt non poſſe pupillum decedere cum vltima voluntate, donationes verò iſtas cauſa mortis cẽſeri iure vltimarum voluntatum *d.l.vl.C.de don.cau.mort.l.Marcellus* 15.*l.etſi debitor* 17.*D eod.* Nec obſtat quod vulgo ſolet obiici ex *l.tam is* 25.*§.vlt.eod. tit.* filiumfamilias poſſe mortis cauſa donare conſentiente patre cùm tamen non ſit in patris poteſtate, vt permittat ei factionem teſtamenti. Eſt enim locus ille intelligendus de donatione peculij profectitij quod licet ſit filij magis tamen eſt patris *l.3.§.ergo D.de minor.* cuius peculij proinde donatio ſi qua fiat à filio patre conſentiente, ab ipſo patre facta intelligitur in caſum mortis filij *l.mortis cauſa fily* 11.D.*de mort.cauſ.donat.* & conſequenter cùm non tam filij quàm ipſius patris vltima voluntas cenſeatur, non poteſt ratio illa vltimæ voluntatis facere quominùs permittenda ſit filiofamilias eiuſmodi donatio patre conſentiente, vt nos explicauimus pluribus in noſtris Decadibus. Quòd ſi ponas donationem cauſa mortis ſic factam eſſe à pupillo tutore autore, vt dominium ex ea fuerit ſtatim tranſlatum in donatarium, ſed ita tamen vt potuerit aliquo caſu reuerti ad donatorem (nam & hoc modo fieri donationem cauſa mortis poſſe conſtat) diſtinguendum erit meo iudicio, An potuerit reuocari donatio & res donata redire ad donatorem ex ſola pœnitẽtia donatoris, an verò ex alio caſu qui non pendeat à donatoris voluntate: Vt enim aliquo caſu res poſſit redire ad donatorem neceſſe eſt, ne alioqui donatio potiùs inter viuos facta eſſe videatur *l.vbi ita donatur* 29.*D.de mort. cauſ.donat.* Priore caſu ferè eſt, vt nihil videatur donaſſe viuus pupillus, qui quod donauit reuocare quandocũque poſſit etiamſi iam dominium tranſtulerit, non magis quàm qui teſtatus, aut fideicommiſſum in codicillis relinquit. Ideóque puto huiuſmodi donationem cauſa mortis à pupillo factam ſi tutor autoritatem præſtiterit, valere, quandoquidem nec diminuti patrimonij, nec vltimæ voluntatis pupillo non permiſſæ ratio irritam eam facit. Poſteriore autem caſu contrà eſſe, quia negari non poteſt quin diminutum ſit patrimonium ex quo res aliqua ſic alienata eſt, vt nõ poſſit redire ad donatorem ex ſola nudáque ipſius voluntate, ſed tantùm ex caſu qui vel fortuitus ſit, vel, quod parum diſtat, pendens ab alterius cuiuſlibet voluntate. Atque ita locum hunc, ſiue Iuliani, ſiue Vlpiani interpretandum eſſe arbitror.

d.l.1.§.1.de tutel.& rat. diſtr.

l. tam is 25. §.vlt. D.de mort. cauſ. donat.

l.vbi ita donatur 29. eod.tit.

ILLATIO LXX.

De liberto contutore teſtamentario, cui contutores certam ſummam ſtatuerunt.

SEptuageſimò ex eodem Principio fit quod ſcriptum eſt in *d.l.1.§.ſi pupillis De tutel.& ration. diſtr.* Si pupillis tutores pater dederit inter quos & libertum ſuum, pérque eum voluerit tutelam adminiſtrari, & contutores certam ſummã ei ſtatuerunt, quoniam aliter ſe exhibere non poterat, habendam eſſe rationem eius quod ſtatutum eſt, quia licèt nihil de eo teſtator dixerit, idipſum tamen voluiſſe credendus eſt tanquam in neceſſarium antecedens, hoc ipſo quod voluit tutelam ab eo adminiſtrari, quam ſcilicet adminiſtrare non potuit ſine alimentis, nec rurſus alimenta ſibi quærere niſi ex re pupilli

d.l.1.§.ſi pupillis D. de tutel.& rat. diſtr.

dum

dum rebus pupilli ex bona fide & diligenter administrandis totum se occupat. Ergo etsi ex inquisitione propter rei notitiam fuerit datus tutor, vt solent prætores cum ex inquisitione tutorem dare vel addere, qui maiorem rerum pupillarium notitiam habeat, eíque alimēta statuerint cōtutores, debebit eorum quoque ratio haberi, quoniam, inquit Vlpianus iusta causa est præstandi, eáque relata ad pupilli vtilitatem cuius interest hunc quoque ad tutelam & administrationem admitti, nec defectu alimentorum excludi. Sed etsi seruis cibaria tutor præstiterit, aut libertis, scilicet rei pupillari necessariis dicendum est reputaturum, Idémque etsi liberis hominibus si tamen iusta præstandi causa intercedat. Item sumptus litis reputabit tutor, & viatica si fortè ex officio necesse habuit aliquò excurrere, vel proficisci, vt sequitur apud Vlpianum, Nēpe quoniam his in omnibus casibus nihil fit nisi ex bona fide quódque diligēs & prudens paterfamilias in re sua facere non debuerit. Nam & in persona procuratoris idem seruatur vt possit huiusmodi sumptus mandatori suo reputare, Nisi si salariarius fuit & conuenit, vt de suo eos sumptus faceret *l. idémque* 10. *§. idem Labeo* D. *man.* Denique quicquid fit in rebus pupilli ex necessitate ob ipsius vtilitatem, non nisi ex bona fide factum videri potest, Neque verò supradictis casibus decretum vllum tutori necessarium est, cui sufficit ratio sola æquitatis: Quod notatum volumus pro eorum confirmatione, quæ scripsimus illatione præcedente.

l. idémque 10. §. idem Labeo D. mandat.

ILLATIO LXXI.

De tutore qui contutorem suspectum facere vel satis ab eo exigere supersedit.

SEptuagesimoprimò ex eodem Principio fit, vt quamuis sæpissimè rescriptum sit, quādiu vel vnus ex tutoribus idoneus est, non posse ad magistratus qui eos dederunt veniri, Id tamen ita accipiendum sit, si non contutor ob hoc conueniatur, quod suspectum facere vel satis exigere noluit, vt interpretatur Vlpianus in *d. l. 1. §. vsque adeò* D. *de tutel. & ration. distr.* Nempe quia nihil perfidè facit contutor, neque contra pupilli vtilitatem etiamsi supersedeat suspectum facere contutorem, aut satis ab eo exigere, cùm sciat satis supérque pupillo cautum esse quandiu magistratus idoneus est qui & talem contutorem dedit, & satis ab eo non exegit cùm deberet, Quod diuersum est, cùm omnes contutores ideò conueniuntur, quod pariter administrauerint, quo casu habet electionem pupillus quem ex iis in solidum conuenire velit *l. cùm interdicta 6. C. arbitr. tutel.* & eo existente non soluendo quem elegerit, ad alios venire : Sed cùm omnes contutores administrarunt, quidem, sed non pariter, at separatim & pro sua quisque portione, licèt habeant illi beneficium diuisionis si singuli in solidum conueniantur, & omnes sint soluendo *l. si plures* 38. D. *de admin. tutor.* Si tamen quidam ex iis non sint soluendo deficiente iam auxilio & beneficio diuisionis, aliud auxilium contutori non superest, qui pro aliena parte administrationis conuenitur, quàm vt dicat priùs conueniendos esse fideiussores si qui sint inopum contutorum, aut si fideiussores nulli sint, magistratus ipsos qui dederunt, nec acceptis fideiussoribus idoneis vtiliter pupillo cauerunt. Eáque contutorum postulatio iusta est, quia pupilli replicatio nulla esse potest, nisi quod contutoribus istis qui idonei sunt, imputandum

d. l. 1. §. vsque adeò D. de tutel. & ration. distr.

l. cùm interdicta 6. C. arbitr. tute.

l. si plures 38. D. de admin. tutor.

est,cur contutores inopes suspectos non fecerint, aut satisdare non coegerint, Quæ tamen replicatio iniusta est & nullius ponderis ob eam rationem quam attulimus,quod potuerint meritò contutores isti existimare non periclitari pupillum quandiu magistratus esset idoneus. Optimum igitur pro magistratibus & notandum consilium est, ne in subsidium nisi postremo loco & post contutores conueniri possint,vt contutores omnes obligent pupillo in solidum tanquam mutua fideiussione obstrictos. Ita enim fit vt semper omnes conueniendi sint ante magistratus,quia perpetuum est,vt fideiussores tutorum priore loco cõueniantur:quemadmodũ Vlp.tractat in *d.§.vsque adeo*.Sed etsi tutores omnes idonei fuerunt quo tempore magistratus eos dedit,postea verò quidam ex iis medio tempore soluendo esse desierunt tenebuntur eo nomine contutores ante magistratus,quia non tam imputari potest magistratibus qui idoneos dederunt quàm contutoribus qui cum iis suo tempore non egerunt *l.si tutor 9.§.& generaliter in fin.*D.*de tutel.& rat.distr.*

d.l.1. § vsque adeò De tutel. & ra. distr.

l.si tutor 9.§. & generaliter eod.

ILLATIO LXXII.

De tutelæ actione heredi & contra heredem tutoris danda.

SEptuagesimosecundò ex eodem Principio fit,vt actio tutelæ & heredi pupilli & cõtra heredem tutoris cõpetat *d.l.1.§.hanc actionẽ eo.tit.*Cùm enim ex eo nascatur,quod tutor in re pupilli non præstiterit ex bona fide diligentiã illam,quam prudens & diligens paterfamilias in rebus suis præstitisset, apparet esse illam rei persecutoriam,scilicet eius quod ex tutoris,siue perfidia, siue negligentia pupillo abest, Quæ autem actiones sunt rei persecutoriæ eas certum est & heredibus & contra heredes dari *l.in honorariis 35.D.de oblig. & act. l.si pupillus 7.in princip.D.de tutel.& ration.distr.l.3.4.& tot.tit.C.de hered.tutor.* In eóque nimirum differt actio tutelæ ab alia actione quæ pupillo contra tutorem competit in duplum ex lege duodecim tabularum,quæ Rationibus distrahendis appellatur, & de qua Tryphoninus in *l.tres tutores 55.§.1.D.de admin.tutor.*& Vlp.in *l.1.§.rationibus* D.*de tutel.& ration.distr.* Hæc enim cùm sit pœnalis,quia datur in duplum exemplo actionis furti,adeóque cum actione furti,*d.l.1.§.in tutela vers.hunc tamẽ*,datur quidem heredi similibúsque personis,hoc est bonorum possessori aliísque iuris successoribus,sed non in heredem cæteróśque successores *d.l.1.§.penult.*quamuis nõ tota dupli pœna sit,sed in duplo simplum quoque contineatur *l.2.in fin.eod.tit.*Sufficit enim quod aliqua ex parte sit pœnalis actio,vt non detur in heredem *l.1.D. de priuat.delict. l.constitutionibus 33.D.de oblig.& action.*præsertim cùm per actionem tutelæ,vt modò diximus,pupilli heredibus consuli possit.

d.l.1.§. hãc actionem eod.tit.

De actione Rationibus distrahẽdis.

d.l.1.§.in tutela vers. hunc tamẽ. l.2.eod.

l.1.D. de priuat. delict. l. cõstitutionibus 33. de obligat. & act.

ILLATIO LXXIII.

De pluribus actionibus contra tutorem competentibus,& de actione Rationibus distrahendis.

SEptuagesimotertiò ex eodem Principio fit,vt quemadmodum variæ sunt causæ, ex quibus arguitur tutor non fecisse in rebus pupilli ex bona fide id quod bonus & diligens paterfamilias in rebus suis fecisset, ita variæ multúmque diuersæ actiones contra tutorem sint proditæ. Quid enim si tutor non solùm

solùm negligentes, sed etiam perfidè in tutela versatus sit, fortè pecuniam aut rem aliam quamlibet pupillarem interceperit. Poterat quidem in hoc quoque casu sufficere actio tutelæ, sed tamen placuit aliam quoque actionem eo nomine contra tutorem dandam esse, quæ Distrahendis rationibus appellatur, Quæ licèt inducta sit ex lege duodecim tabularum *l. tres tutores* 55.§.1. *D. de adminstr. & peric. tutor.* ob idque contra legitimos potissimùm tutores pertinere videatur, tamen ad testamentarios quoque & datiuos pertinet, vt aduersus omnes exerceri possit qui iure tutores sunt & tutelam gerunt *d.l.1.§. rationibus De tutel. & rat. distr.* Tutor enim administrationem quidem rerum pupillarium habet, at intercipiendi potestatem non habet, & ideò si quid furandi animo amouerit furtum facit nec vsucapi res potest *l. tutor* 33. D. *de furt.* vbi addit Vlpianus sed & furti actione teneri hunc tutorem qui rem pupillarem intercepit, quamuis & tutelæ cum eo agi possit, Idémque & in curatore adolescentis, & in cæteris omnibus curatoribus iuris esse. Quod ipsum tamen idem Vlp. explicat latiùs & elegantiùs in *d.l.1.§. in tutela De tut. & rat. distr. In tutela*, inquit, *ex vna obligatione duas esse actiones constat, Nimirum tutelæ, & Rationibus distrahendis, Et ideò siue tutela actum fuerit Rationibus distrahendis agi non potest, siue contrà, tutelæ actio quod ad speciem istam perempta est*: Nam & vtraque competit eodem tempore Neutra scilicet, nisi finita demùm tutela *d.l.1.§. vlt.* iunct. *l. nisi finita* 4. *eod.* Hunc tamen, inquit Vlpianus, tutorem qui pupillarem pecuniam intercepit, furti quoque teneri Papinianus ait qui etsi furti teneatur, hac actione conuentus furti actione non liberatur, Nec enim eadẽ est obligatio furti & tutelę, vt quis dicat plures esse actiones eiusdem facti, sed plures obligationes, Nam & tutelæ & furti obligatur. Quod tamen non ita est accipiendum quasi pupillus vna actione consecutus indemnitatem, nihilominùs aliam quoque actionem exercere possit, sed vt vnius electione alia non tollatur, quod euenire solet in iis actionibus quæ ex vna eadémque obligatione plures nascuntur. *l. plura delicta* 53. *De oblig. & action.* Puta in actionibus Tutelæ, & Rationibus distrahendis, quarum vna electa, etiãsi actum duntaxat, nec adhuc exactum quicquam proponatur, altera tollitur. Ergo si pupillus egerit tutelæ, aut rationibus distrahendis, furti tamẽ adhuc agere potest, itémque condictione furtiua quæ perinde competit cõtra furem atque actio furti *d.l.2.§.1. De tutel. & rat. distr.* vbi Paulus addit si per condictionem ex causa furtiua pupillus consecutus sit quod fuit ablatum, tolli hoc iudicium De rationibus distrahendis quia nihil absit pupillo. Cui non dissimiliter Tryphoninus in *d.l. tres tutores* §.1. *Nemo*, inquit, *dicet vnum tutorem & duplũ hac actione præstare, & quasi specie condictionis aut ipsam rem aut eius æstimationem*. Nec enim tot actiones comparatæ sunt odio tutoris malè in tutela versantis quomodo in cæteris furibus dicimus tot actiones non solùm diuersas, sed etiam contrarias quales sunt vindicatio & condictio, solo furum odio inductas esse *§. sic itaque instit. de action.* sed tantùm fauore pupilli ne quid ei absit, & vt ipsius indemnitati consulatur. Ac prætereà tutor qui rem pupillarem furatur, & intercipit non tam inuito domino rem alienam videtur contrectare quàm perfidè agere vt ibidem lex ait. Ex qua differentiæ ratione illa etiam differentia nascitur, quam ponit Tryphoninus in *d.l. tutores* §.1. quod in cæteris eiusdẽ rei furibus pluribus si dominus duplum ab vno ipsorum consecutus sit per actionem furti, non est propterea cæteris pœnæ deprecatio. Si verò plures sint

d.l. tres tutores 55. §.1. D. de adm. tut.

d.l.1.§. rationibus D. de tutel. & rat. distr.

l. tutor 33. D. de furt.

d.l.1.§. in tutela.

d.l.1. §. vlt. iunct. l. nisi finita 4. eo.

l. plura delicta 53. De oblig. & act.

d.l.2.§.1. De tutel. & rat. distr.

§. sic itaque instit. de act.

d.l. tres tutores §.1.

eiusdem impuberis tutores qui rem aliquam pupillarem simul furati sint, in eáque intercipienda consenserint, vno ex iis duplum præstante cæteri liberantur quia nihil potest videri abesse pupillo, qui non modò simplum, sed & duplum consecutus fuit in quo etiam simplum continetur. Neque hoc casu locũ habet regula illa iuris quæ vult, Numquam actiones pœnales de eadem pecunia concurrentes aliam per aliam consumi *l. numquam* 60. iunct. *l. cùm ex vno* 31. *& l. qui seruum* 33. *D. de oblig. & action.* Etsi autem duplex illa actio & Tutelæ & Rationibus distrahendis competit contra tutorem, & vtraque eodem tẽpore, non tamen eodem casu vt nec eodem modo. Nam tutelæ actio generalior est & competit omni casu, & ad id omne quod pupillo abest, Rationibus verò distrahendis specialior, nec nisi contra eum tutorem qui etiam fur sit, nec tantum ad id quod pupillo abest, sed etiam in duplum, non tamen totius eius quod abest pupillo, sed æstimationis rei interceptæ *d. l. 1. §t considerandum D. de tutel. & rat. distr.* quod & in actione furti obseruatur *l. in furti* 50. *D. de furt.* Videtur autem dicta actio Rationibus distrahendis ex eo fortassis quòd sicut boni tutoris est rationes pupillares cõtrahere, & componere, ita perfidi distrahere quia quod intercipitur à tutore in rationes pupilli contrahi numquam potest.

L. numquam 60. l. cum ex vno 31. l. qui seruum 33. de oblig. & act.

d. l. 1. §. considerandum D. de tutel. & rat. distr. l. in furti 50. D. de furt.

ILLATIO LXXIV.

De tutore qui rem sibi à patre pupilli depositam vel commodatam non reddit.

SEptuagesimoquartò ex eodem Principio fit, vt tutor rem sibi depositam à patre pupilli vel commodatam non reddat, non tantùm commodati vel depositi, sed etiam tutelæ teneatur *l. si tutor 9. D. eo. de tutel. & ration. distr.* quia licèt depositi, vel commodati tempore nondum hic tutor esset, vt eo tempore potuerit tutelæ actione obligari, postea tamen tutor factus cœpit obligari ex quo tempore potuit, & debuit ille à seipso rem illam repetere, si in re pupilli voluisset ex bona fide præstare id quod bonus & diligens paterfamilias in re sua facere ac præstare debuisset *l. quoties 9. §. sicut D. de admin. tutor.* Addit Vlpianus in *d. l. si tutor.* Si acceperit pecuniam tutor vt rem sibi cõmodatam vel penes se depositam reddat, eam pecuniam vel depositi vel commodati actione repeti posse vel etiam condici condictione scilicet ob turpẽ causam. Quod habet rationem, inquit, cùm pecunia ista turpiter accepta sit *l. 2. §. 1. D. de cond. ob turp. caus.* quamuis res deposita reddita sit incorrupta & citra moram *l. vlt. D. deposit.*

d. l. si tutor 9. D. de tut. & rat. dist.

l. 2. §. 1. de condict. ob turp. caus. l. vl. D. depos.

ILLATIO LXXV.

De actionibus competentibus, sed non dandis pupillo dum tutor tutelam gerit.

SEptuagesimoquintò ex eodem Principio fit, vt quamuis cæteræ actiones præterquàm tutelæ aduersus tutores competant etsi adhuc tutelam administrant, veluti furti, damni iniuriæ condictio, non tamen pupillo dentur dum tutor tutelam gerit: Quamuis enim morte tutoris intereant ob idque periculosum videatur expectare finem tutelæ, cùm non solùm pubertate, sed etiam morte tutoris æquè ac pupilli tutela finiatur. *l. nisi finita 4. in pr. De tutel. & rat. distr.* Pupillus tamen cũ herede tutoris actionẽ habiturus est, quia sibi soluere tutor

l. nisi finita 4 de tut & rat. distr.

tutor debuit, vt Paulus ait in *l. sed non datur* 10. iunct. *§. vl. l. praec. eo. tit.* Nō enim fecit tutor in re pupilli quod in sua bonus & diligens paterfamilias fecisset, si sibi non soluerit: Ex quo intelligimus actionem istam quam dari vult Paulus in heredem tutoris, non esse aliquam ex iis actionibus, quas prius dixit morte tutoris interire sed nouam actionem tutelæ, quæ contra tutorem ipsum quandiu vixit & tutor fuit competere non potuerat, quia nec competit nisi finita demum tutela vt sæpius suprà diximus ex *d. l. nisi finita & d. l. si tutor 9. in princ.* Apparet etiam ex eo Pauli responso condictionem furtiuam non minus quā furti actionem morte iuris interire, quod nos pluribus contra Iacobum Cuiacium disputauimus *lib. 4. Coniect. cap. 1.*

l. sed non datur 10. & §. vl. leg. praec.

d. l. si tutor 9. in princip.

ILLATIO LXXVI.

De tutore qui post pubertatem pupilli negotia administrauit.

SEptuagesimosextò ex eodem Principio fit, vt si tutor post pubertatem pupilli negotia administrauerit in iudiciū tutelæ veniant etiam ea sine quibus administratio tutelæ expediri non potest *l. si tutor 13. eod. tit. De tutel. & ration. distr.* quia non aliter potest videri tutor boni & diligētis patrisfamilias in re pupillari munus impleuisse, quàm si omnia perfecerit quæ tutelæ tempore inchoauit. Et vt in eadem lege subiungit Vlpianus, generaliter verum est ea quæ connexa sunt in tutelæ iudicium venire siue connexa sint tempore, siue causa vt iam alio loco explicauimus ex *l. tutor 11. C. arbitr. tutel.* Nullum enim alienæ diligentiæ locum relinquit tutor qui etiam post pubertatem perseuerat in cō nexa tutelæ administratione, cùm alioquin si periculum exuere vellet, curare deberet vt curatores puberi darentur, aut saltem admonere puberem vt peteret sibi curatores ad hoc vt cum tutela officium quoque & periculum tutelæ finiretur *l. ita autem 5. §. si tutor pupillum l. à tutoribus 37. §. 1. D. de admin. & peric. tutor.* Itaque quod sequitur in *d. l. si tutor.* Eum qui post pubertatem pupilli fundos eius vendiderit, aut mancipia & prædia comparauerit neque venditionis huiusmodi, neque emptionis rationem tutelæ iudicio reddere debere, tūc obtinet cùm tutor post pubertatem non perseuerauerit in connexa administratione tutelæ, sed eam tempore aliquo vel breuissimo intermisit, Quo casu etiamsi postea gerere cœperit, negotiorum tamen gestorum eo nomine non tutelæ conueniendus est *l. si post pubertatem 14. eod.* Et sanè administratio tutelæ vniuersalis est & vniuersorum bonorum non rei certæ *l. certarum 12. cum duab. seqq. D. de testam. tutel.* Cùm ergo Vlpianus de eo tutore loquitur qui post pubertatem aliquid vendit ex rebus pupilli quondam sui, vel aliquid ei comparat, hoc ipso satis ostendit tractare se de eo tutore qui non perseueret in connexa reliqua administratione. Qui enim cætera omnia faceret, cur non hoc quoque tutoris iure facere posset? & quemadmodum pro reliqua administratione quidni & pro huiusmodi siue emptione siue venditione tutelæ iudicio conueniri posset? Idque apertiùs exprimit Vlpianus cùm subiungit si cœperit tutor administrare negotia post tutelam finitam deuolui iudicium tutelæ in actionem negotiorum gestorum, propterea quòd oportuerit eum à seipso exigere tutelam. Quomodo enim posset tutor post pubertatem incipere pupilli negotia administrare qui in connexa administratione perseuerasset? Et verò si in persona quoque eius qui aliena negotia administrat

l. si tutor 13. eod. tit.

l. tutor 11. C. arbitr. tut.

l. ita autem 5. §. si pater pupillum l. à tutoribus 37. §. 1. D. de admin. & peric. tutor.

l. si post pubertatem 14. De tut. & rat. distr.

& quædam gessit, quæ iam non gessit, dicimus tamen eum teneri etiam pro iis quæ non gessit, si modò contemplatione eius alius ad hæc negotia non accessit, & vir alius diligens ea gesturus fuit *l. si pupilli 6. §. videamus* De *negot. gest. l. in commodato 17. §. sicut autem D. commod.* quantò magis tenebitur tutelæ is qui post pubertatem perseuerauit in connexa administratione, nec alii vlli administraturo locum reliquit? Planè de iis quæ post intermissam tutelæ administrationem gerere cœpit, non potest fieri vt tutelæ actione teneatur, cùm non solum tutela finita sit per pubertatem, sed etiam officium tutelæ per intermissionem, nouáque administratio sit nihil cum tutelæ munere commune habens ea quæ inchoata est post pubertatem, Nisi fortè habuerit causam connexam cũ his quæ cœperat tutor gerere ante pubertatẽ. Nã etsi nõ tutor ipse, sed heres tutoris executus esset quæ tutor inchoauerat, tutelæ etiam eo nomine teneretur *l. si tutoris 60. D. de adm. & peric. tut. l. 1. D. de fideius tut.* itémque si post tutoris mortem heres ipsius in connexa tutelę administratione perseuerauerit *l. 4. eod.* Quantò magis igitur eadem omnia in ipsius tutoris persona erunt recipienda si post pubertatem administrauerit? Nec enim minùs finitur tutela morte tutoris, quàm pubertate impuberis *d. l. nisi finita 4. De tutel. & ration. distr.* Extra hos casus agendum est actione negotiorum gestorum pro gestis post pubertatem *d. l. si tutor.* Ideóque ait Caius in *d. l. si post pubertatem,* Si post pubertatem aliquo tempore licèt breuissimo tutor intermiserit administrationem, deinde cœperit gerere, sine vlla dubitatione tam tutelæ quàm negotiorum gestorum iudicio cum eo agendum esse. Vtraque nimirum actione pro eo tempore quod secutum est pubertatem, sed actione quidem tutelæ pro eo tempore quod præcessit intermissionem, negotiorum verò gestorum pro eo quod secutum fuit: quoniam finita semel & intermissa tutela, repeti posteà vel redintegrari non potest. Sed & illud verum est, quoties tutor post tutelam finitam cœpit rursum negotia puberis administrare siue in connexa administratione per aliquod tempus perseuerauerit, siue à primo pubertatis die administrationem intermiserit, deuolui actionem tutelæ in actionem negotiorum gestorum. Ratione illa, quam adfert Vlpianus in *d. l. si tutor,* quod debuerit ille à semetipso tutelam exigere. Siquidem nulla actione quisquam indiget vt quod ipse debet exigat à seipso *d. l. si pupilli 6. §. videamus De negot. gest. d. l. quoties 9. §. & generaliter* D. *de admin. tutor.* Id tamen ita accipiendum est vt si ex hac causa negotiorum gestorum adultus agat benè agat, non etiam vt prohibeatur agere tutelæ si fortè id sibi vtilius esse putet, Quod plerumque ita est, propter contutores, fideiussores & magistratus qui præstare debent Rẽ pupilli saluam fore, quique alia quàm tutelæ actione proposita non tenerentur. *d. l. quoties §. si paterfamilias in fin.* Nec enim culpa eius cui imputamus cur tutelam à seipso non exegerit, ipsi aut ipsius contutoribus vel fideiussoribus lucrosa, pupillo autem damnosa esse debet. Eodémque modo accipio quod sequitur apud Vlpianum in *d. l. si tutor in fin.* Si quis cùm tutelam administrasset idem curator adolescenti fuerit datus æquè negotiorum gestorum actione conueniri eum posse: id est ita tamen vt neque ipse, neque fideiussores ipsius à tutelæ actione liberentur, sed hoc amplius negotiorum gestorum iudicio teneantur.

l. si pupilli 6. §. videamus D. de negot. gest. l. in cõmodato 17. § sicut D. commod.

l. si tutoris 60. D. de admin. & peric. tutor. l. 1. D. de fid. tut. l. 4. eod. d. l. nisi finita 4. D de tutel. & rat. distr.

d. l. quoties §. si paterfamilias in fi.

d. l. si tutor in fin.

ILL.

ILLATIO LXXVII.

De transactione facta per vnum ex tutoribus de dolo communi.

SEptuagesimoseptimò ex eodē Principio fit, vt si ex duobus tutoribus cum altero quis transegerit, quamuis ob dolum communem, transactio tamen nihil prosit alteri *l. si ex duobus* 15. *D. de tutel. & ration. distr.* vbi rationem Vlpianus reddit *nec immeritò*, inquit, *cum proprij delicti pœnam quisque subierat.* Cùm enim quilibet eorum tutelæ iudicio teneatur ob id quod in re pupilli non sit versatus eo modo quo diligens & bonus paterfamilias ex fide bona in re sua versari debuisset, it improbè & perfidè, nihil causæ est cur post transactionem cum vno factam adhuc non possit conueniri de proprio dolo is cum quo transactum non fuit. Quòd si conuentus alter præstiterit, inquit Vlpianus, proficiet id quod præstitit ei, qui conuentus non est. Licèt enim doli ambo rei sint tamen sufficit vnum satisfacere, Vt dici solet in duobus quibus res est commodata, vel deposita, vel quibus mandatum est. Omnes enim hæ actiones cum rei persecutoriæ sint non pœnales eatenus duntaxat competere possunt quatenus actori abest, Tam autem verum est nihil abesse pupillo cui ab vno ex tutoribus satisfactum est, quàm si ab vtroque satisfactum esset, Denique nusquam fauendum est pupillo cui nihil abest, quique agendo tutelę magis de præda quàm de damno sollicitus est *l. 2. eod. tit. l. si minoris* 25. *in fin.* D. *de admin. tutor.* Cæterùm non electione vnius, sed solutione demum aut alia satisfactione alter qui conuentus non est liberabitur *l. 1. §. si apud duos* 13. D. *deposit.* quia nimirum sola electio non facit vt nihil absit pupillo, quod vnum inspiciendum est.

l. si ex duobus 15. D. eod. de tut. & rat. dist.

l. 2. eod. tit. l. si minoris 25. in fin. D. de admin. tut. l. 1. §. si apud duos D. depos.

ILLATIO LXXVIII.

De pupillo petente subministrari sibi pecuniam à tutore quæ nondum constet debere.

SEptuagesimooctauò ex eodem Principio fit, quod ab Imperatoribus Seuero & Antonino rescriptum fuisse refert Vlpianus in *l. Imperatores* 17. D. *de tutel. & ration. distr.* Cùm hoc ipsum quæritur An aliquid pupillo vel adulto à tutoribus vel curatoribus debeatur, non esse iustam postulationem pupilli vel adulti si velint sibi ab illis pecuniam in sumptum litis subministrari, Nēpe quia cùm nihil possit tutor vel curator debere ex causa tutelę vel curationis nisi vel perfidè vel saltem negligenter in re pupilli vel adulti versatus sit, nulla ratio est cur in dubio quicquam perfidè vel negligenter à tutore vel curatore factum esse suspicari ac præsumere debeamus. Quæ etiam ratio esse videtur eius quod à Marcello scriptum est in *l. tutor* 28. §. 1. *& l. seq.* D. *de adm. & peric. tutor.* Eum per quem non stetit quominùs conuentus restitueret tutelam ad præstationem vsurarum compelli non debere, multóque minùs heredem tutoris: quòd per iniquum sit eum cui fortè post viginti annos in mentem venerit tutelam reposcere, etiam vsuras postulare. Quod tamen proculdubio iniquum non esset si tutor in dubio debitor præsumeretur. Posset enim ipsi imputari cur non vltrò tutelam id est reddendæ tutelę rationes obtulisset, quemadmodum ei qui certam pecuniam debet, nec eius vsuras præstare vult, imputamus cur eam non obtulerit, Adeò vt nec ei sufficiat obtulisse nisi & depo-

l. imperatores 17. D. de tutel. & ration. distr.

l. tutor 28. §. 1. & l. seq. D. de adm. tutor.

fuerit obsignatam tuto in loco sicuti ad Marcellum Vlpianus notat in *d. l. tutor in fin.*

ILLATIO LXXIX.

De pupillo qui abstentus à tutore postea cum eo transegit.

SEptuagesimononò ex eodem Principio fit, vt qui à tutoribus suis perperam abstentus est ab hereditate paterna si eo nomine cum tutoribus suis transigat, & ab iis aliquid accipiat, non ob id magis à creditoribus hereditariis conueniri possit, quasi hoc ipso hereditati paternæ, quod facere potuit se immiscuerit. Non tam enim ex hereditatis, quàm ex tutelæ causa & contraxisse, & pecuniam accepisse credendus est, neque tam de hereditate quàm de culpa tutorum transegisse *l. eum qui bonis* 4. *C. arbitr. tutel.* vbi ratio redditur *nihil quippe in ea actione* scilicet tutelæ *nisi quæ ex officio gesta sunt, vel geri debuerunt, veniet sed culpa solummodò quantique eius interfuit non fuisse abstentum, æstimabitur.* Ita enim legem illam legendam esse arbitror. In hoc tamen casu, id est tùm per culpam tutoris pupillus ab hereditate paterna perperam abstentus est, Non tantùm pupillo contra tutorem actio tutelæ competit in id omne quod interest pupilli, non fuisse abstentum, sed etiam creditoribus hereditariis si quid fortè tutor vt fieri solet ex bonis illis paternis ante abstentionem administrauerit *l. cùm tutor* 18. *D. de tutel. & rat. distr.* vbi Papinianus actionem hanc vtilē vocat respectu creditorū hereditariorū cū quibus nimirū tutor neque contraxit, neq; quasi cōtraxit, Et ait diuidi eā debere inter pupillū & creditores, patris, Non ex æquis partibus vt dimidiā actionis partē habeat pupillus, dimidiam aliam creditores, Sed vt quod rationi bonorum per tutorem administratorum deerit, creditoribus reddatur: quod autem dolo vel culpa tutoris in officio pupilli perperam abstenti contractum est, puero relinquatur: Cum hac tamen differentia, quòd ex qua parte competit, pupillo, non potest exerceri nisi postquàm pupillus ad pubertatem peruenerit, vt nec aliis casibus *d. l. nisi finita* 4. *eod. tit.* (nisi fortè poneres alio modo quàm pubertate finitam esse tutelam *dict. l.* 4. *l. si tutor* 9. *eod.*) Quæ verò creditoribus competit ea confestim datur *dict. l. cùm tutor.* Competit quidem vtraque eodem tempore ex die scilicet malæ administrationis, Veteres enim prudentes tutorem, qui tutelam gerit in singulas res per tempora prout gerit velut ex pluribus causis obligari putauerunt, *l. tutorem* 37. *in princip. D. de administr. tutor.* Atqui quo tempore obligatur eodem ipso instanti incipit actio competere, quippe quæ ipso iure nascitur ex obligatione *l. licèt* 43. *§. ea obligatio De procurator.* At non potest vtraque eodem tempore exerceri, Adeóque quod magis mirari quis possit priùs incipit posse exerceri vtilis actio tutelæ quæ creditoribus competit quā directa quæ pupillo. In creditoribus enim ratio nulla est cur debeat differri, cùm præsentem ipsis eámque vnicam vtilitatem sit allatura. Proinde ipsorum potiùs interest vt quàm primùm fieri potest ab iis exerceatur, Vel ob hoc etiam ne mora & tractu temporis fiat deterior, si fortè tutor desinat esse idoneus fiátque non soluendo. Nec enim sperare possunt actionem vllam siue directam siue vtilem in fideiussores qui rem pupilli saluam fore promiserunt, cùm non interuenerint nisi in rem & vtilitatem pupilli. Sed in pupillo aliud

est.

l. eum qui bonis 4. *C. arbitr. tut.*

l. cùm tutor 18. *D. de tut. & rat. distr.*

d. l. nisi finita 4. *l. si tutor* 9. *eod.*

l. tutorem 37. *in princ. D. de adm. tutor.*

est. Ipsius námque vtilitas exigit ne priùs tutelæ actionem exercere possit, quàm finita sit tutela, Ne alioqui si priùs agat cõsumat totam eam actionem, nec pro cæteris postea administratis tutelæ agere amplius possit. Vnica siquidem est actio tutelæ, nec quemadmodum tot sunt obligationes quot gestiones, ita etiam plures sunt actiones quia nec necesse fuit aut vtile pupillo plures in eam rem actiones comparari, ne pluribus iudiciis aut litibus distringeretur, cùm posset vna sufficere. Porrò ex iuris ratione ita cõparatum est, vt actio quælibet vbi semel in iudicium deducta est hoc ipso consumatur & extinguatur, Nempe per nouationem quam litis contestatio inducit *l. vlt. C. de vsur. rei iudic. l. aliam* 29. D. *de nouat.* Ex quo illud quoque euenire necesse est vt postea proponi numquam possit, quia neque exerceri potest actio quæ nulla est, nec ea quæ semel extincta fuit reuiuiscere *l. qui res* 98. §. *aream* De *solut.* Optima igitur ratione constitutum est vt non nisi post tutelam finitam pupillus agere tutelæ possit, At neque ex stipulatione si qua interuenerit etiam animo nouandæ actionis tutelæ, quia eandem naturam induit quam haberet actio tutelæ *d. l. aliam*. Proinde consumeretur damno pupilli & incommodo maximo si ante finitam tutelam exerceretur. Idque est quod Vlpianus scribit in *l. si cum adhuc* 16. De *tutel. & rat. distr.* Cum eo qui adhuc tutor sit vel cum eius fideiussoribus sicut tutelæ agi non potest ita neque ex stipulatu agi posse, sed propter eandem vtilitatem pupilli hanc quoque actionem differendam esse in tempus pubertatis vel alio modo finitæ tutelæ.

Cur actio extinguatur quæ semel in iudicium deducta est.

l. aliam 29. *D. de nouat.*

l. si cum adhuc 16. *D. de tut. & rat. distr.*

ILLATIO LXXX.

De tutore qui in pupillum plus impendit, quàm sit in facultatibus.

OCtuagesimò ex eodem Principio fit, vt si tutor in pupillum plus impenderit quàm sit in pupilli facultatibus, non aliter possit hoc consequi quàm si expediat pupillo tutelam ita administrari *l. 3. in princip. D. de contr. tutel. & vtil. act.* vbi rationem elegantem Vlpianus reddit, quia non in hoc administrantur tutelæ vt pupilli mergantur. Nempe quoniam qui sic administraret, non faceret id quod esset ex fide bona, neque quod bonus & diligens paterfamilias in re sua facturus esset. Iudex igitur qui de actione tutelæ siue directa, siue contraria cognoscet, vtilitatem pupilli spectabit, & an ex officio tutor sumptus fecerit, vt ibidem Vlpianus concludit.

l. 3. in princ. D. de contr. tutel. & vtil. act.

ILLATIO LXXXI.

De tutore cuius bona administratio euentum aduersum habuit.

OCtuagesimoprimò ex eodem Principio fit, quod idem Vlp. scribit in *d. l. 3. §. sufficit*, sufficere tutori benè & diligenter negotia gessisse, etsi euentum aduersum habuit, quod gestum est. Benè siquidem officio suo functus est tutor, qui in re pupilli præstitit quod bonus & diligens paterfamilias in re sua præstitisset: nec aliud quicquam maius est quod exigi ab eo possit: Sic dicimus eum qui negotia aliena gessit habere actionem negotiorum

d. l. 3. §. sufficit.

gestorum non solùm si effectum habuit negotium quod gessit sed etsi effectũ non habuerit dummodò vtiliter sit gestum, vtputa si insulam fulserit, vel seruum ægrum curauerit, etiamsi postea insula exusta sit vel seruus obierit, aget nihilominùs negotiorum gestorum, vt pluribus tractat idem Vlpianus in *l. sed an vltrò 10.§.1.D.de negot.gest.l.seruus 17.in princip. D.de in rem vers.* Idémque in actione mandati iuris est *l.qui mutuam 56.§.vlt.D.mandat. l. etiamsi 4. C.eod.*

l.sed an vltro 10.§.1.D. de negot. gest.l.seruus 17 in princ. D de in rem vers. l. qui mutuam 56. §.vltim. D. mandat l. etiamsi 4. C.eod.

ILLATIO LXXXII.

De eo qui pro tutore negotia gerit.

OCtuagesimosecundò ex eodem Principio fit, vt is quoque qui pro tutore negotia gerit licèt verè tutor non sit eandem nihilominùs fidem & diligentiam in rebus pupilli præstare debeat, quam tutor verus prestaret *l.pen. D.de eo qui pro tutor.* id est quã bonus & diligens quilibet paterfamilias in rebus suis ex bona fide præstare deberet. Quid enim aliud est pro tutore gerere, quàm sic omnia gerere quasi tutor esset? Etsi cùm in aliis plerisque tutor & pro tutor differunt, tum in eo maximè quod protutor nullam habet rerum pupillarium administrationem cùm tutor re vera non sit *l. 2. eod.* Sed non debet ea res facere meliorem ipsius condicionem, immò potiùs deteriorem, Nisi in hoc vno quod si omnino non attigerit tutelam non tenebitur, Neque enim attingere debuit qui tutor non fuit *l.1.§.vlt.eod.* quod in vero tutore diuersum est, cui nihil magis imputari potest quàm si cesset in administranda tutela ex quo sciuit se tutorem esse *l.pro officio 20.C.de admin.tutor.l.1. & 2. C. si tut. vel curat.non gesser.* Quod si quædam gesserit etiam eorum nomine quæ non gesserit tenebitur, sed ita demum si vel alius gesturus fuit qui huius contemplatione non accessit ad gestionem, vel cognito quod tutor non fuit abstinuit se ab administratione nec pupilli necessarios certiorauit vt peterent ei tutorem. *d. §.vlt.* Nam & in alio quolibet patrefamilias aliena negotia tractante idẽ obseruaretur *l.si pupilli 6.§.fin.D.de negot.gest.* Nimirum si potuisset necessarios pupilli certiorare & admonere nec fecerit. Hoc enim addendum est secundum distinctionem Labeonis ab Vlpiano relatam & probatam in *l. item quæritur 13.§.exercitu D.locat.* Eadem ratio facit vt in protutelæ quoque iudicio vsuræ veniant sicut in iudicio tutelæ *d.l.1.§. in protutela De eo, qui pro tutor.* quia nec bonus quisquam & diligens paterfamilias pecuniam suam ociosam & sterilem esse pateretur.

l.penult. D. de eo qui pro tutor.

l.2.eod.

l.1.§.vlt.eo.

l.pro officio 20.C.de admin tutor. l.1.&2.C.si tut. vel curat.non gess.

l.si pupilli 6. §.vlt.D. de negot gest. l. item quæritur 13.§.exercitu D. locat. l.1. §. in pro tutela D.de eo qui pro tut.

ILLATIO LXXXIII.

De alienatione prædiorum facta per tutorem ex causa necessaria.

OCtuagesimotertiò ex eodem Principio fit, vt si quid ex bonis pupilli alienatum sit aliterve diminutum, etiam ex iis quorum alienatio interdicta est, cuiusmodi sunt prædia pupillaria, si tamen id factum sit non sponte tutorum sed ex necessitate quam tutores præcidere aut impedire non potuerint, teneat nihilominùs alienatio, nec eo magis tutores teneantur cùm nihil possit ipsis imputari *l.3.§.1.& §.item quæri potest* D.*de reb.eor. qui sub tutel.* vbi exemplum ponitur, si fundus pupillaris iussu magistratus pignori captus

l.3.§.1.& §. item quæri D.de reb. eor.

captus sit deinde distractus, Item si quis in possessionem rerum pupillarium missus sit à prætore, siue legatorum seruandorum causa, siue damni infecti: quod vt procedat iuberi etiam possideri poterit secundo decreto quo fit dominus à prætore is qui possidere iubetur *l. si finita* 15. *§. Iulianus D. de damn. infect.* Rationem reddit Vlpianus, quia hæ obligationes, siue alienationes non ex tutoris, vel curatoris voluntate fiunt, sed ex magistratuum autoritate *l.* 1. *C. de præd. & aliis reb. minor.* Aliud exemplum subiungit Vlpianus, Si tutor pupillarem fundum petierit per vindicationem (petitionis enim verbo magis propriè vindicatio significatur *l. pecuniæ* 178. *§. actionis De verb. signific.*) nec is fundus restituatur, sed postquàm pronunciatum est fundum pupilli esse, possessor restituere iussus noluerit parere ac maluerit offerre litis æstimationem, id est quanti in litem iuratum erit, alienationem ex hac causa fieri dominiúmq; fundi acquiri ei qui litis æstimationem præstitit, quippe quę emptionem facere solet *l.* 2. D. *pro emptor. Hæc enim alienatio*, inquit Vlpianus, *non sponte tutorum fuit.* Ex qua ratione, vt hoc quoque obiter adnotemus, intelligimus quàm verum sit quod nos docuimus *lib.* 16. *Coniect. cap.* 17. Triboniani esse nō Vlpiani quod scriptum est in *l. qui restituere* 68. D. *de rei vindicat.* Eum qui restituere iussus iudici non pareat si rem possideat, manu militari cogendum esse vt restituat. Hoc enim si ita esset vtique imputari posset huic tutori cur litis ęstimationem pro re pupillari accepisset, nec potius auxilium militaris manus implorasset, vt res quam pronunciatum erat pupilli esse sibi restitueretur. Idque pręsentiens Bartolus eo loco ait intelligendum esse Vlpianum de eo casu quo possessor rei pupillaris desierit eam possidere ídque non dolo malo, sed culpa. Quod totum commentitium est. Aliud exemplum subiungit Vlpianus, si fundus petitus sit qui pupilli fuit, & contra pupillum pronunciatum est, tutorésque postea eum restituerunt. Nam & hîc valebit alienatio propter rei iudicatæ autoritatē, Nec imputabimus tutoribus cur litis æstimationem nō obtulerint, vt fundum potiùs retinerent & acquirerent pupillo, etiam inuito victore: Non enim quemadmodum pupillares fundos vendere prohibentur ita è contrario pupillis fundos acquirere iubentur. Malè verò idem Bartolus & alij ex his locis inferunt dominium per sententiam transferri. Semper enim supponendum est mandatam esse executioni sententiam, & capta pignora eáque postmodum distracta, vel addicta, vt dominium in executione sententiæ acquiri possit, aut emptori, aut victori *l. à Diuo Pio* 15. *de re iudic. l.* 2. C. *si in caus. iudic. pign. capt. sit.* Alioqui certum est sententiam non esse modum transferendi dominij, nisi sententiam confundamus cum adiudicatione, cuius tamen longè diuersa ratio & potestas est, vt alibi scripsimus.

ILLAT. LXXXIV.

De iniuncta tutoribus venditione bonorum mobilium pupilli.

OCtuagesimoquartò ex eodem Principio fit, vt per leges veteres iuberētur cogerentúrque tutores & curatores, vt aurum, argentum, gemmas, vestes, cæteráque mobilia preciosa, vrbana etiam prædia & mancipia, domos, balnea, horrea atque omnia quæ intra ciuitatem essent venderent, omniáque ad nummos redigerent præter prædia & mancipia rustica, vt Constantinus refert in *l. lex quæ tutores* 22. C. *de admin. tutor.* Siue legem illam intelligat ora-

SSſ

tionem Diui Seueri, quæ de pupillorum minorúmque prędiis rusticis & suburbanis non alienandis nominatim locuta est *l.1.D.de reb.eor.qui sub tutel.* siue alia lex fuit quæ supradictas res alienari iusserit, de quo nihil in Seueri oratione expressum reperitur. Ratio enim illius legis non alia erat, quàm quòd prudens & diligens paterfamilias quilibet idipsum in rebus suis administrandis facere debere crederetur, Alienare scilicet res omnes illas non necessarias, quarum etsi vsus aliquis fructus tamen aut omnino nullus, aut perexiguus est, saltem si conferatur cum vsuris quæ ex redacta pecunia redigi possunt, præsertim cùm res illæ & vtendo, vel consumantur, vel deteriorentur, adeóque nec seruando seruari possint, Constantino tamen contra visum est in *d.l. lex quæ tutores.* Vbi constituit, vt hæc omnia nulli tutorum, vel curatorum liceat vendere, Nisi hac fortè necessitate & lege qua rusticum prædium atque mancipiũ vendere, vel pignorare, vel in donationem propter nuptias, vel in dotem dare in præteritum licebat scilicet per inquisitionem iudicis, interpositionémque decreti vt fraudi locus non sit. Proinde non nisi eorum mobilium quæ minùs preciosa sunt alienatio sine decreto tutoribus & curatoribus hodie licita & impunita est. Ante omnia verò præcipit Iustinianus vt mancipia vrbana quæ totius supellectilis notitiam gerunt, semper in hereditate & in domo retineantur. Nam boni serui, inquit, fraudem fieri prohibebunt, Mali, si res exegerit sub quæstione positi, poterunt prodere veritatem, atque ita omnes obseruabunt, id est tam mali quàm boni (malo enim legere *omnes* quàm *omni*, vel *omnia*) vt nec inuẽtarium minuere, nec mutare, vel subtrahere aliquid tutor valeat, Quod in veste, margaritis, gemmis & vasculis ceteráque supellectili necessarium est, Vt nimirum aliqui sint qui obseruent, ne quis dolus in istis committatur, qui facillimè committitur. Etsi enim sunt isti serui domestici & in dominio pupilli, quorum proinde fides, & testatio in rebus ad pupillũ ipsum pertinentibus suspecta videri possit, tanquam quibus imperari potest, vt testes fiant *l.idonei 6.l.penult.*D.*de testib.* de iis tamen quæ domi fiunt, quænam alia probatio, aut melior quàm per seruos & domesticos esse potest? Idque est quod Modestinus ait in *l.serui 7.eod.tit.* Serui responso tunc credẽdũ esse cùm alia probatio ad eruendam veritatem non est *l.quæro 58.§. vlt.D. de ædilit.edict.* siue pro domino, siue contra dominum interrogetur, quorum neutrum alioqui licet *l.cùm probatio 7.D.de probat.* Nisi in certis casibus de quibus in *l.1.C.de quæstion.* iunct.*l.consensu 8.§.seruis C.de repud.* In summa nihil proponi potest cur tutori, vel curatori præscribere liceat & excipere, siue in cognitione suspecti, siue in iudicio tutelæ quominùs religio prætoris à pupillari seruo fraudes detegente instruatur *l.vlt.*D.*de susp.tutor.l.ad instruendam 34.D.de admin.& peric.tutor.l.1.§.officio D.de tutel.& rat.distr.* Multa enim sceleris indicia præueniunt serui vt C.Cassius apud Tacitum dicebat. Addit Constantinus in *d.l.lex quæ tutores,* Esse tolerabilius si ita contigerit, seruos mori pupillis dominis suis, quàm seruire extraneis. Atqui possunt, inquies, etiam fugere. Sed respondet Iustinianus eorum fugam tutori potiùs solere adscribi, siue negligentia dissolutam patiatur esse disciplinam, siue duritia, vel inedia, aut etiam verberibus eos afficiat. Nec enim dominos ideò exerceantur, sed tantò magis diligunt, quantò duriùs à tutoribus, qui re vera domini non sunt, tractantur. Et in hoc quoque meliorem esse ait Constãtinus legem suam quàm fuerit vetus, qua vigente, & remota per eiusmodi venditiones custodia seruorum, etiã vita minorum

l.lex quæ tutores 22. C. de admin. tutor.

Seruorum testimonio quamuis domestico interdictum creditur.

l.vlt. D.de susp. tutor l. ad instruẽdam 34. D. de adm. & per.tut.l.1.§. officio de tut. & rat.distr.

minorum sæpius prodebatur. Sed nec domum vendere liceat, inquit Constantinus in qua defecit pater, minor creuit, in qua maiorum imagines aut fixas, aut reuulsas videre satis lugubre est. Iusta enim pupilli & minoris cuiuslibet adfectio est de conseruandis bonis quæ maiorum fuerunt, adeò vt hæc sola ratio iustam quoque materiam prębere possit petendæ & concedendæ in integrum restitutionis *l. si in emptionem* 35. *D. de minor.* Ergo & domus, inquit Constantinus, & cætera omnia animalia in patrimonio minorum permaneāt nullúmque ædificij genus quod integrum hereditas dabat, collapsum tutoris fraude depereat. Quòd si parens, vel quicumque alius ille sit, cuius heres est minor, deformatum ædificium reliquerit, tutor testificatione operis ipsius & multorum fide præhabita id reficere cogatur. Ita enim annui reditus minoribus plus conferent quàm pretia per fraudes deminuta. Serui etiam qui aliqua sunt arte præditi operas suas commodo minoris inferant, Et reliqui qui in vsu minoris domini esse non poterunt, quibúsque ars nulla est partim labore suo, partim alimoniarum taxatione pascantur. Huius verò constitutionis suæ rationem Constantinus illam reddit quòd lex non solùm contra tutores, sed etiam contra fœminas immoderatas atque intemperātes prospexit minoribus quæ persæpe nouis maritis non solùm res filiorum, sed etiam vitam addicunt. Sensus est, Leges pro pupillis latas, iis quidem contra tutores quoslibet prouidere, sed curandum maximè fuisse, vt iis prospectum esset contra vitricos qui vt plurimum tutores priuignis fiunt satagentibus matribus cùm ad secundas conuolant nuptias: Quod cùm euenit verendum sanè est, ne in pupillorū perniciem multa fiant prætextu iuris quæ à quolibet alio tutore minùs maleuolo sibíque & suis non consulente fortassis non fierent, Ob ídque bene lex facit quæ prouidet quantum potest ne sit in potestate tutoris, siue vitricus ille sit, siue alius consilium vllum capere quod pupillo, vel damnosum, vel minùs commodum esse videatur. Huc accedit, inquit Constātinus quod ipsius pecuniæ, in qua robur omne patrimoniorum veteres posuerunt, fœnerādi vsus vix diuturnus, vix continuus & stabilis est, Quo subsecuto, intercidente sępe pecunia ad nihilum patrimonia minorum deducuntur. Ex quibus rationibus apparet non alia ratione moueri Constantinum vt ius vetus hac parte corrigat, quàm quòd putet prudentis & boni patrisfamilias esse id facere non quod lex vetus fieri iubebat, sed quod ipse fieri præcipit. Ita fit vt ex hoc eodem nostro Principio duo iura tam diuersa, adeóque contraria profluant, Non quia ius sibi vnquam contradicat, non magis quàm ratio rationi, quicquid imperiti plerique Iurisprudentiæ nostrę infesti insectatores causentur & calumnientur, Sed quia huius Principij applicatio non iuris, sed facti est, Pendet enim tota ex eo, An prudentis patrisfamilias & boni tutoris munus sit bona pupilli omnia mobilia & immobilia vrbana vendere, & ex iis pecuniam redigere, An potiùs ea seruare: in eóque vno dissentit à iure vetere, quod lex vetus putabat vtilius esse pupillo conuerti omnia ista in pecuniam numeratam, Constantinus verò contrà credidit. Cæterùm in eo semper legislatores omnes consensērūt, Debere tutorem in rebus pupilli præstare id omne quod in rebus suis bonus & diligens paterfamil. ex bona fide præstare deberet: quod vnum Principio nostro continetur. Ex quo illud etiam fit, vt ab ea constitutione qua prohibet Iustinianus ne quid vendatur ex iis bonis quæ pupillo vsui alicui esse

d. l. lex quæ tutores.

l. si in emptionem 35. *D. de minor.*

Ex eodem Principio iura interdū pugnantia.

possunt, idem ipse Constantinus in *d.l.lex quæ tutores in fin.* excipiat vestes quæ detritæ vsu seu corruptæ seruando seruari non potuerint, itémque animalia superuacua: quod nemo sit tam supinus & bardus qui non fateatur istiusmodi rerum venditionem pupillis & minoribus vtiliorem esse quàm conseruationem.

ILLATIO LXXXV.

De tutore qui vsumfructum pupillarem non vtendo amisit.

OCtuagesimoquintò ex eodem Principio fit, vt etiamsi tutor nihil alienauerit, sed tãtùm amissioni & alienationi causam præbuerit, puta si vsumfructum non vtendo amiserit, cùm is pupilli nomine frui deberet, non noceat ea res pupillo eique vsusfructus restaurari debeat, *dicta l.3.§.nec vsusfructus eo. tit.De reb.eor.* vbi Vlpianus postquàm scripsit nec vsumfructum alienari posse etsi solus fuit vsusfructus pupilli, quoniam nimirum vsusfructus, etsi in iure non in parte consistat, vt de emphyteutico iure scriptum est in *§.præced.* tamẽ emolumentum rei continet *l.Mæuius 66.§.fundo de legat.2.* Subinde quærit, An ergo hic vsusfructus nec amittetur non vtendo, si tutor causam præbuerit huius rei? Et manifestum est, inquit, restaurari debere, Nempe quia non minùs peccat tutor in officio suo, qui patitur vsumfructum spectantem ad pupillum amitti non vtendo, quàm qui eum alienat. Neuter siquidem facit in re pupilli quod in re sua bonus & diligens paterfamilias facturus esset. Nam & alienare dicitur non solùm qui patitur vsucapi, sed etiam qui nõ vtendo amittit seruitutes *l.alienationis 28.De verb.signific.* Et in fraudem facere quisquis non facit quod debet facere, puta si non vtatur seruitutibus *l.4.* iunct. *l.3.§.1.D. quæ in fraud.credit.l.Iulianus 5.D.de fund.dotal.* Idque est quod subiungit Vlpianus simili modo dici posse, nec seruitutem imponi posse fundo pupilli, vel adolescentis, nec seruitutem remitti, Cùm his omnibus casibus aliquid ex fundis ipsis pupillaribus imminui & alienari videatur. Quid enim aliud sunt iura prædiorum quàm ipsa prædia qualiter se habentia *l. quid aliud 86.De verb.signific.* & vel pluris, vel minoris ob acquisitam, vel impositam seruitutem æstimanda *l.de pupillo 5.§.& bellè Sextus De noui oper.nunciat.* At magis mirum illud videtur, quod in eodem *§.* Vlpianus ait, si proprietatẽ habeat pupillus, nihilomagis posse tutorẽ vsumfructũ, vel vsum alienare, quãuis inquit, oratio de vsufructu nihil loquatur, Neq; enim vsusfructus ille in rerum natura vllus fuit ante alienationem, tantùm abest vt in bonis & dominio pupilli fuerit, siquidẽ nemini res sua seruit *l.vti frui 5.D.si vsusfr.pet.* Sed decisionis huius ratio illa est, quod cùm per separationem nunc primùm vsusfructus constituitur tãtumdem decedit ex bonis proprietarij quãtum decederet si vsumfructum in dominio habuisset, cùm exinde non habeat, & retineat in patrimonio nisi nudam proprietatem, quæ res facit eum pauperiorem, quia proprietatis vtilitas nulla est quandiu ab ea vsusfructus abscedit *l.si vsusfructus 8.D.de vsufr.legat.* Itaque perinde pupillo nocet ac contra boni tutoris officiũ peccat qui vsumfructum rei pupillaris alienat, atque si partem dominij alienaret, Vnde & solemus dicere vsumfructum in multis casibus partem dominij esse *l.4 D.de vsufr.l.qui vsumfructum 58. D.de verb. obligat.* Iunge *l.quod nostrum 63.D.de vsufr.*

l.3.§.nec vsusfructus D. de reb. eor. qui sub tutel.

l. alienationis 28 D.de verb.signifi. l.3.§.1. l.4. D. quæ in fraud. cred. l. Iulianus D.de fund. dotal. l.quid aliud 86.de verb. signific. l.de pupillo 5. §. & bellè Sextus D.de oper. noui nunciat. l. vtifrui 5. D.si vsusfr. pet. l.si vsusfructus 8.D de vsufr.legat. l.4. l. quod nostrum 63. D.de vsufr. l.qui vsumfructum 58. de verb. oblig.

ILLATIO LXXXVI.

De alienatione fundi quem pupillus alienum sed bona fide emptum poßidebat.

OCtuagesimosextò ex eodem Principio fit, vt si pupillus alienum fundum bona fide emptũ possideat, dicendum sit, nec hunc quidem alienare tuto res posse *l. magis puto 5. §. si pupillus De reb. eor. qui sub tute.* Quia licèt reuera fundus nõ sit pupillaris, cùm dominiũ ab eo, qui dominus non erat transferri non potuerit ante completam vsucapionem, Perinde tamen peccat tutor contra officium diligentis patrisfamilias, & boni tutoris, qui animum gerit alienandi eam rem cuius alienationem scit esse sibi legibus interdictam, vt plus sit hoc casu in opinione quàm in veritate. Idque est, quod ait Vlpianus *etenim quasi pupillaris verè distractus est.* Sic enim lego non vt vulgo pessimè nullóque sensu *ea enim qua quasi pupillaris verò distractus est.* Quod autem sequitur *venditio valet* principium est §. sequentis, sic meo iudicio legendum, *Venditio valet si fundus pupillo pignoratus sit* reiectis illis sequentibus *an vendere tutores,* quæ sanè addita sunt ab eo qui nullum præcedentibus sensum constare putabat, & quæ tamen ipsa nullum habent sensum nisi cum Haloandro suppleas & legas *possint*, Quo etiam admisso facies indecisam nec nisi interrogatiuè propositam quæstionem, cùm tamen affirmatiuè decisam esse illud præseferat quod pro ratione decisionis, non pro decisione subiicit Vlp. *hunc enim quasi debitoris hoc est alienum vendunt.* Quod nos iam alio fortassis loco monuimus. Sanè si impetrauerat pupillus, vel pater eius vt iure dominij fundum hunc possideret, Consequens erit non posse distrahi quasi prædium pupillare. Idémq; est etsi fuerit ex causa damni infecti possidere iussus, Nam & hoc casu dominium acquiritur, non quidem quiritiarium, sed bonitarium quale per prætorem acquiri potest *l. si finita 15. §. Iulianus D. de damn. infect.* iunct. *l. 1. D. de fund. dotal.*

l. magis puto 5. §. si pupillus. D. de reb. eor.

Emendatus Vlpianus.

Dominium bonitarium & Quiritiarium.

l. si finita 15. §. Iulianus D. de dam. infect. l. 1. D. de fund. dotal.

ILLATIO LXXXVII.

De venditione prædiorum pupillarium ex causa æris alieni.

OCtuagesimoseptimò ex eodem Principio fit vt tùm quoque cùm æris alieni exsoluẽdi necessitas suadet alienationem fundorum pupillarium, non tamen passim tutoribus sub obtentu isto venditio permittatur, sed huius rei arbitrium prætori Senatus dederit *d. l. magis puto 5. §. non paßim eod. tit. De reb. eor. qui sub tutel.* Non quod plus possit aut debeat præstare prætor quàm tutor pro pupilli vtilitate (quid enim amplius præstare prętor possit, vel debeat, quàm vt in re pupilli faciat quod bonus & diligẽs paterfamilias in re sua facere deberet?) Sed quia in re tãti momẽti visum est tutius prætoris quàm tutoris diligentiæ & abitrio fidere. Nam nec aliud quicquam est prætor aliúsve magistratus, quàm publicus quidã & supremus tutor: Meliúsque est rem pupillo suam conseruari, quàm incertum cautionis euentum ab eo spectari quamuis idoneè cautum ei sit *l. pupilli 6. D. quod fals. tutor.* Quid ergo tutoris officio conueniet? Idipsum quod conueniret officio tutoris, Excutere scilicet an aliunde possit pecunia ad extenuandum æs alienum expediri. Proinde quæ-

d. l. magis puto 5. §. non paßim De reb. eor. qui sub tutel.

l. pupilli 6. D. quod fals. tutor. autor.

tere debebit an pupillus pecuniam habeat, vel in numerato, vel in nominibus quæ conueniri possint, vel in fructibus conditis, vel etiam in redituum spe atque obuentionum. Item num aliæ res sint præter prædia quæ distrahi possint & ex quorum precio æri alieno satisfieri possit. Si igitur deprehenderit prætor non aliunde exsolui posse quàm prædiorum distractione, tunc demum permittet distrahi: si modò vrgeat creditor, aut vsurarum modus æri alieno parendum esse suadeat. Idem prætor æstimare debebit vtrum vendere potiùs an obligare permittat, inquit Vlpian. necnon vigilanter obseruare ne plus accipiatur sub obligatione prædiorum fœnori quàm opus sit ad soluendum æs alienum, aut ne plus distrahendum arbitretur, Ne fortè propter modicum æs alienum magna possessio distrahatur. Sed & si sit alia possessio minor, vel minùs vtilis pupillo magis eam iubebit distrahi quàm maiorem & vtiliorem, Nam & diligens quilibet paterfamilias in rebus suis circa hæc omnia diligentiam hanc præstare deberet: In primis igitur, quoties desideratur à prætore, vt permittat distrahi, requirere debet aliquem qui se instruat de fortunis pupilli, nec nimium tutoribus, vel curatoribus credere qui nonnumquam lucri sui gratia adseuerare prætori solent, necesse esse distrahi possessiones, vel obligari, quamuis nihil eorum sit necesse. Requiret itaque necessarios pupilli, vel parentes, vel libertos aliquos fideles, vel quem alium qui rerum pupillarium notitiam habeat, Aut si nemo inueniatur, vel suspecti sint qui inueniuntur, iubere debet edi rationes, itémque synopsim & inuentarium bonorum pupillariũ, aduocatúmque pupillo dare qui instruere possit prætoris religionẽ an adsentire venditioni, vel obligationi debeat: Ne tamen titulo tenus ære alieno allegato tutores pecunia abutatur, quam multam (sic enim mallem quàm *mutuã*, quia non cũ solũ casum tractat Vlp. quo pupillare prædium sit obligatũ, sed illum etiam quo sit alienatum) acceperunt, oportebit prætorem curare, vt accepta pecunia creditoribus soluatur, & de hoc decernere daréque viatorem & nuncium qui ei renunciet pecuniam istam ad hoc cõuersam propter quod desiderata est alienatio, vel obligatio. Quid ergo si æs alienum nõ interueniat, tutores tamen allegent expedire hæc prædia vendere & vel alia comparare vel istis carere, fortè quod dicant fundos esse steriles, saxosos pestilentes vt in *d.l.si fundus 13.in princip.D.eod.tit.* Non idcirco tamen prætor hoc eis debebit permittere, Quia nec prætori liberum arbitrium datum est à Senatu distrahendi prædia pupillaria, sed ita demum si æs alienum immineat, Proinde etsi permiserit vltrò alienationem aut obligationem cùm æs alienum non allegaretur, multò magis dicendum est nullam esse venditionem, nullam obligationem, nullúmque decretum. Non enim passim distrahi iubere tutori tributum est, sed ita demum si vrgeat æs alienum. Nec quod fundus pupillaris cuius distrahendi facultas permittitur, infructuosus esse dicatur, mouere prætorem debet cùm vtique non nisi pro fructuum modo precium sit inuenturus, vt habent verba rescripti à Paulo relati in *d.l.si fundus.* Quorsum verò hæc omnia? Nempe vt intelligamus tam prætorem ipsum quàm tutorem sic se gerere debere circa res pupillares, quomodo prudens & diligens paterfamilias in rebus suis gesturus esset. In eo tamen, quod mage quis miretur, minùs potest prætor quàm tutor, quod si quando tutor contraxerit pro pupillo etiamsi malè, siue animo fraudandi pupilli, siue deceptus dolo illius cũ quo contraxit, nihilominùs contractus tenet ipso iure, hactenus saltem vt pupillo

d.§.non passim.

l. si fundus 13.eod.tit.

Minus interdum potest prætor quàm tutor.

necessaria

necessaria sit in integrum restitutio dummodò nihil factum sit contra leges *l.1.& 2.si tut.vel curat.interuen.*iunct.*l.2.C de præd.minor.* Si verò prætor causa cognita decretum interposuerit de rebus pupilli distrahendis, & postea ei obreptum fuisse probetur, decretum ipso iure nullius est momenti, manétque actio pupillo integra non tantùm in personam aduersus tutorem, sed etiam in rem ipsam alienatam, vt eam vindicare possit *d.l.magis puto §. penult.* Ratio est quia tutoris factum, siue per errorem, siue dolo malo quid ille perperam fecerit in re pupilli corrigere prætor potest, siue per restitutionē in integrum, siue quo alio modo. At quod à prætore ipso factum esset corrigere nemo posset. Quid si prætor tutoribus permiserit vendere, illi obligauerint? An valebit obligatio? Et videbatur valere, quia quod recipit venditionem multò magis recipit oppignerationem *l.sed & quod 9.§.1.D.de pignor. l.si conuenerit 18.§.vlt. D.de pignor.act.*& cui licet quod plus est, vtique non debet quod minus est non licere *l.non debet 21.De regul.iur.*, Sed tamen Vlpiano magis placet in *l.si pupillorum 7.§.si prætor De reb.eor.qui sub tutel.* eum qui aliud fecit quàm quod expressim permissum & decretum est à prætore, nihil egisse, quia decreto speciali & expresso in eam rem opus est. Planè si prætor ita decreuerit *vendere obligaréue permitto* poterit tutor liberum arbitrium habere, quid istorū faciat, Sed nō rectè prætor suis partibus functus videbitur. Debuit enim ipse statuere & eligere vtrum magis permitteret, an vendere, an obligare, non autem eligendi arbitrium pupillo dare. Sed si res pupillaris data sit pignori ex permissu prætoris, adhuc dubitari potest an alienatio eiusdem rei per Seueri orationem impediatur, vt rursus prætor adeundus sit decretúmque ab eo interponendum de alienatione permittenda. Sed dicendum est posse creditorem ius suum exequi, Ait Vlp.in *d.l.si pupillorum §.si pupillus*, quia quoties tutor etiam solus lege non refragante dat pignori rem pupillarem dummodò in rem pupilli, pignus tuendum est *l.tutor 16.in princ.D.de pignor.act.* Quantò magis vbi prætoris decretum interuenit? Sequitur tamen apud Vlpianum, tutiùs facturum creditorem si prætorem adierit. Quòd cuiusmodi sit ego certè intelligere non possum. An non enim satis expressim prætor creditori permisit, vt pignus distraheret cùm pupillo permisit vt obligaret? Siquidem inutile pignus est quod distrahi non potest *l.4.D.de pign.act.l.2.& 3.C.si antiq.credit.pign.vendid.l.qui prædium 13.& pass.C.de distr.pignor.* Aut quid interest an ab ipso pupillo eiúsve tutore datum sit pignus ex prætoris permissu, an verò à patre pupilli sine decreto? Nihil prorsus: quandoquidem vtroque casu valet pignus, nec minus potest decretum prætoris contra pupillum quàm voluntas patris cuius heres sit pupillus. Atqui oratio Diui Seueri expressim habet, si creditor, qui pignori agrum à parente pupilli acceperit ius suum exequatur, id est pignus illud velit distrahere, nihil esse innouandum, id est requirendam non esse interpositionem decreti, quę olim necessaria non erat, sicut nec si res communis sit & socius maior prouocet pupillum, aut minorem ad diuisionem *l.1.§.1.in fin.l.si pupillorum 7.in princip.eod.* Neque igitur necessarium erit decretum in alienatione pignoris quod ab ipso pupillo ex permissu prætoris fuerit cōstitutum, Præsertim cùm neque pignoris conuentionalis vēditio fiat nisi publicè & interueniēte magistratus autoritate *l.1.& pen.C.si vendit.pignor.agat.l.si eo tempore 6.C.de remiss.pign.l.creditor 4.C. de distrat.pignor.* Nec eo minus tamen restituitur in integrum pupillus si magno alioqui detri-

d.l. magis puto § pen.

l.si pupillorū 7.§.si prætor D. de reb. eor.

§.si pupillus d.l.si pupillorum.

l.tutor 16.in princ. D.de pignor.act.

mēto afficiatur *l.1.C.si aduer.ven.pig.l.si ex causa 9.in pr.De min.l.si creditor 7.§.illud D.de dist.pig.* Quare, nisi me fallo, interpretis est & quidē imperiti tota illa adiectio *tutius tamen fecerit si pratorē adieru.* Nō valde dissimilis ei adnotationi quā ex nostris quidā adferūt in specie *§.illud quari d.l.magis puto*, vbi proposita quæstione, si prætor aditus permiserit distrahi possessionem prouincialem an valeat quod fecit, quamuis respondeat Paulus valere si modò tutela Romæ agebatur & hi tutores eam quoque administrationem subierant, Notant tamen illi tutius esse ab vtroque magistratu decretum interponi: quod ego, pace ipsorum dixerim verum esse non puto. Nec enim prætoris autoritas interponitur aliam ob causam, quàm vt optimi tutoris vice prætor ipse fungatur nec proinde alterius prætoris decretum necessarium videri potest, quàm qui præest ei territorio, in quo tutor ipse ad quem alienandi facultas pertineret, si oratio Diui Seueri non esset. Atqui non ad alium tutorem pertineret, quàm ad eum qui esset romę, cùm ponamus agi tutelā Romę, nec aliū quēquam in prouincia tutorem esse. Absurdum igitur est existimare præsidis prouinciæ, aut Proconsulis decretum hoc casu necessarium esse, quamuis possessio quæ distrahitur in prouincia esse proponatur. Longéque dissimilis est species quam Papinianus tractat in *l.iurisperitus 30.§.1.De excusat.* vbi ponit oriundum ex prouincia qui Romæ domicilium habebat eiusdem minoris curatorem decreto prætoris ac præsidis constitutum esse, atque ita rerum administrationem vtrubique suscepisse. Aliud enim est de tutore decernendo quærere, aliud verò de permittenda ei qui datus fuerit rerum pupillarium alienatione. Decernendus enim est ex autoritate magistratuum omnium quorum ea iurisdictio videri potest, siue propter ipsius impuberis, siue ob tutoris personam, siue ratione loci, aut locorum in quibus patrimonium pupilli situm est *d.l.30.§.1.l.propter litem 21.§.licèt eod.tit.De excus.tutor.l.vnic.C.vbi petant.tutor. vel curat.* At vbi semel datus fuit licet patrimonium pupilli in diuersas prouincias dispersum sit, non ideò tamen prouinciæ præses adeundus est, vt permittatur distractio possessionis prouincialis, si tutor, qui solus est, tutelam agat Romæ: quoniā in ea re versatur cognitio & iurisdictio magistratus non in ipsum prędium de quo distrahendo agitur, sed in personam tutoris qui desiderat permitti sibi alienationem. Illud planè verum est quod iidem notant, vt maximè decretum de bonis prouincialibus distrahendis romæ fieri possit, hastę tamen solennitatē apud rerum prouincialium iudicem celebrari oportere, quia non potest ea sollennitas, neque ritè, neq; ex pupilli vtilitate peragi alio loco quàm in quo res sita est, nec proinde ex alterius magistratus autoritate quàm cuius propria in eam rem iurisdictio est *l.vlt.D.de iurisdict.l.cùm vnus 12.§.penul.D.de reb.autor.iudic.possid.* cùm in istis venditionibus quæ sub hasta fiunt factum magistratus iubentis, factum partis esse intelligatur *l.1.C.si in caus.iudicat.pign.capt.sit.l.si ob causam 13.C.de euict.* Addidi *iubentis*, quoniam aliud est permittere distractionem aliud iubere. Permittit magistratus cuius in personam tutoris, Iubet ille, cuius in rem ipsam iurisdictio est. Sed hoc obiter, & extra rem, neque tamen frustra dictum sit.

d.l.magis puto §.illud quari De reb.eor.

l.iurisperitus 30.§.1.De excus.l.cùm vnus 12.§.pen.D.de reb.aut.iud.possid.

ILLA

ILLATIO LXXXVIII.

De tutore qui subiecto alterius emptoris nomine sibi emit rem pupilli ex decreto.

OCtuagesimooctauò ex eodem Principio fit, vt quamuis antecessor prædiis decreuisset ea prædia venundari quæ tutor pupilli subiecto nomine alterius emptoris sibi ipse comparabat, Tamen si fraudem & dolũ contra Senatusconsulti autoritatem & fidem tutori commissam successor eius deprehẽderit, non solùm irritam facere venditionem debeat tanquam malà fide contractam sed etiam æstimare quatenus tam callidum cõmentum etiam in excẽplũ debeat coercere *l. quamuis 9. D. eod. tit. De reb. cor. qui sub tutel.* Semper enim illud obseruandum & ante omnia inquirendum est, An tutor ex bona fide rem gesserit & quomodo bonus & diligens paterfamilias gerere deberet, Neque decreti autoritas facere debet vt tanto minùs bonam fidem præstare tutor debeat cùm è contrario interponatur potius vt tantò magis tutiúsque omnia ex bona fide & ex pupilli vtilitate gerantur. Ac quemadmodum si prouinciæ præses imperitia lapsus ineptam legibúsve contrariam patris voluntatem sequendam esse decreuerit, successor eius sententiam quam leges nostræ, non admittunt, sequi non cogitur *l. iure nostro 26. D. de test. tut.* Ita & multò magis non cogetur ratam habere venditionem quamuis factam in consequentiam decreti ab antecessore interpositi, Præsertim cùm nec aliud quicquam decreuisset antecessor nisi vt venditio fieret, non etiam vt valeret quæ ipsi venditori alterius emptoris personam improbè subiicienti facta esset. Neque verò potest videri antecessor quicquam decreuisse de ea re quæ non nisi post decretum interpositum superuenit *l. non potest 23. D. de iudic. l. 1. §. 1. vers. quid enim D. de vsur.* Quamquam etsi hoc ipsum præses aut prætor decreuisset, vt venditio ista valeret in qua tutor extranei emptoris personam dolo malo subiecisset, non eo minùs posset successor eius venditionem improbare, siue facti, siue iuris imperitia decretum illud extorsisset à prætore: quia nec voluntatem ita decernendi habuisse videtur prætor cui per tutorem obreptum fuit *d. l. magis puto 5. §. penult. iunct. l. 1. §. 1. De reb. cor.* & quamuis habuisset, non ob id tamen pupillo nocere decretum posset, quandoquidem prætoris decretum requiri Senatus voluit, non vt haberet prætor arbitrium & potestatem nocendi pupillo, sed vt prouideret è contrario ne quid detrimenti ex tutoris siue dolo siue negligentia pupillus pateretur.

l. quamuis 9. D. de reb. cor. qui sub tutel.

l. iure nostro 26. D. de testam. tutel.

l. non potest 23. D. de iudic. l. 1. §. 1. versic. quid enim D. de vsur.

d. l. magis puto 5. §. pen. & l. 1. §. 1. D. de reb. cor.

ILLATIO LXXXIX.

De tutore qui creditori patris pupilli soluit vt succedat in eius locum.

OCtuagesimononò ex eodẽ Principio fit, vt nihil faciat contra Senatuscõsultum tutor si creditori patris pupilli pecuniam exsoluerit vt succedat in eius locum *l. non fit 12. eod. tit. De reb. cor.* quia neque quicquam facit hic tutor contra bonam fidem, neque contra vtilitatem pupilli cuius nimirum nihil interest an huic debeat an illi, dum ne plus debeat tutori aut duriore condicione puta sub grauioribus vsuris *l. si pupillorum 7. §. vlt. eo.* vbi Vlp. ait si tutor à nouo creditore pecuniam mutuam acceperit, vt eam solueret veteri qui erat sub pignore creditor, idémque pignus nouo creditori dederit sine permissu prætoris, valere nihilominùs obligationem si modò nec maiorem sortem mutuã-

l. non fit 12. eod. tit.

l. si pupillorũ 7. §. vl. eod.

acceperit, nec grauioribus vsuris, Vt nimirum ius creditoris prioris ad sequentem transeat tale omnino quale penes priorem erat. Nec enim transiret ob id solum quod ex pecunia noui creditoris antiquior dimissus esset, si non haberet posterior ius aliquod pignoris *l. Aristo 3. D. quæ res pignor. oblig. poss.* Nisi ponères cessum ei nominatim fuisse ius pignoris ab antiquiore qui ab eo ipso solutionem accepisset, Quo casu non posset locus esse quæstioni, An aliquid factū esset contra Senatusconsultum, quando nihil hîc factum esset per pupillū ipsū, neque per tutorem, neque per prætorē. Nam & pupilli sicut alterius debitoris cuiuslibet etiam inuiti nomen à iusto pupilli creditore cedi potest, & cōsequēter multò magis pupillo etiam, & ipsius tutore ignorante *l. 1. C. de nouat. l. nominis 3. C. de her. vel act. vend.* In proposita autem specie de qua Marcianus in *d. l. non fit*, hoc est, cùm tutor soluit pecuniam creditori patris pupilli vt in ipsius locum succedat, non est verendum ne durior fiat condicio pupilli, siue auctæ sortis nomine, siue grauiorum vsurarum, quia in eam rem noua aliqua conuentione opus esset, quæ inter pupillum & tutorem interuenire nulla potest. De illo tantùm dubitari queat, An tutor hic quem Marcianus ait nihil facere contra Senatusconsultum faciat hodie contra Iustiniani constit. *Nouell. 72. cui tit. est, Vt qui oblig. haber. se perhib. res minor.* Sunt enim qui sic sentiant, Moti ex eo quod Iustinianus ea constitutione induxit contra iuris veteris rationem vt quisquis pupilli debitor creditórve est ab eius tutela arceatur. Itémq; ne possit tutor aut curator vllam in semetipso accipere cessionem aduersus pupillū aut minorem siue per venditionem, siue per donationem, siue alio quolibet modo, siue durante, siue finita administratione. Sed vereor ne constitutio illa ad Marciani speciem non pertineat, nec sit producenda. Nō enim Iustiniani mēs ea fuit vt prohiberet ne tutor fieri ex postfacto pupilli creditor posset, Cùm disertè constituat in secundo capite Nouellæ vt si tale quid euenerit, non sit remouendus tutor qui antea benè datus fuerit, sed tantùm curatorem ei adiungi oporteat ne quid dolo malo facere in re pupilli possit. Quod verò eiusdem *Nouell. cap. 5.* prohibet ne qua cessio fiat tutori, etsi ad cessiones quascumque pertinet, non tamen extendi potest ad hunc casum, in quo nulla fit cessio, sed citra cessionem & sola iuris potestate succedit tutor in locum prioris creditoris, Quæ species non admittit ea pericula & incōmoda, quibus motum se Iustinianus ait, vt nouam illam ferret constitutionem. *Multas, inquit, causas audiuimus vbi administrantibus curatoribus cessiones factæ sunt aduersus minores siue puberes siue impuberes quidem, in secunda tamen ætate constitutos, & mox efficiūtur eorum domini facultatum, aut non existentia forsitàn debita subeuntes aut paruo precio cessiones accipientes eorum quæ sunt vndique fragiles, aut etiam celantes de suscepta existentia in minorum rebus, & ita cessiones accipientes secundum multas & plures occasiones,* Quarum rationum nulla sanè est quæ casui nostro adaptari possit. Finge enim tutorem hunc post susceptam tutelam factum esse creditorem pupilli sui, & quidem hypothecarium sed ex causa licita & permissa, fortè quòd creditori hereditario, eidémque pignoratitio tanquam heres successerit, quo exemplo vtitur Iustin. *dict. Nouell. cap. 2.* Quidni obsecro licebit ei offerre & soluere priori creditori etiam hypothecario, vt non modò pignoris sui ius confirmet verùm etiam in ius & locum prioris illius creditoris succedat? Vtique enim necessarium id ei est, vt sibi prospiciat non tam aduersus pupillum quem iam habet satis obligatum, quàm contra posteriores alios creditores,

qui

Marginalia: *l. Arist 3. D. quæ res pignor. oblig. poss.* — *d. l. non fit.* — *Nouell. 72. Vt qui oblig. hab. se perh.* — *d. Nou. 72. cap. 5.* — *d. Nou. 72. cap. 2.*

qui tamen isto priores inuenirentur si non succederet in ius & locũ antiquioris. Itaque non video quid possit dolo malo facere videri, cùm iure communi vtitur, iuris sui tuendi gratia, cúrque ratione officii sui debeat periclitari, ne sibi aut contra pupillum ipsum, aut saltem contra cæteros creditores pupillares possit consulere in ea re in qua nullum sit damnũ & incommodum pupilli. *l. vlt. D. de inoff. test. l. cùm quadam 26. C. de adm. tut. l. videlicet 28. D. ex quib. caus. maior. iũct. l. 1. C. qui potior. in pign. hab. l. si duorum 42. D. de action. empt.* Cũ enim posterior creditor à priore pignus emit, non tã acquirẽdi dominii aut alterius noui iuris quàm seruandi pignoris sui causa intelligitur pecuniã dedisse *l. cùm posterior 6. D. de distr. pign.* vbi ex hoc benè infert Modestinus adhuc ei offerri à debitore posse, ac multò magis ab alio quocumque eiusdẽ debitoris creditore, vt scriptũ est in *l. 2. eo. tit.* Subiecta per Papinianũ eleganti ratione illã, quòd huiusmodi venditio transferendi pignoris causa non nisi necessitate iuris fieri soleat. Quæ ratio tantò apertiùs probat, quod nos volumus, nihil posse imputari tutori qui nihil fecerit nisi quod pro tuendo iure suo ex iuris necessitate facere debuit. Fatendum igitur est nouellam Iustiniani constitutionem ad hunc casum non pertinere. Planè si poneres tutorem hunc iam priùs quàm tutelam susciperet fuisse pupilli creditorem, faceret sanè constitutio Iustiniani vt tutor esse non posset. Rursus si poneres factũ quidẽ creditorẽ suscepta iã tutela, sed per solutionẽ ab eo factam vltrò & sponte creditori pignoratitio aut etiã chirographario vt in locum ipsius succederet iuxta *l. 1. & 2. C. de his qui in prior. cred. loc. succed. & l. si ventri 24. §. vlt. aliàs D. de reb. aut. iud. possid. aliàs l. 9. in fin. De priuileg. cred.* quoniã hoc sine cessione & quidẽ voluntaria ex parte cessionarii fieri non potest, fatebor non inuitus impediri ex Iustiniani constitutione hanc cessionẽ quæ olim habere locũ potuisset, & hoc quoque casu respõsum Marciani abrogatum esse. At non similiter si ponas tutorem hunc factum esse posteà creditorẽ, siue pignoratitiũ, qui casus est quem nos tractauimus, siue chirographarium, Cùm tantò magis necessarium sit creditoribus chirographariis vt antiquioris creditoris pignoratitij ius sibi cõparent, quantò certiùs periclitantur si chirographarij manere velint. Denique nihil facit tutor contra Iustiniani constitutionem, vt neque contra Senatusconsultum, quoties bona fide facit quod eum pro tuendo iure suo facere necesse est.

l. cùm quadam 26. C. de adm. tut. l. cùm posterior 6. D. de distr. pign.

l. 2. eod. tit.

Marciani responsum in d. l. non sit, quibus casibus hodie abrogatum.

ILLATIO XC.

De venditione prædij pupillaris facta per tutorem ex voluntate defuncti.

NOnagesimò ex eodem Principio fit, vt siue tutores pupilli, siue curatores adulti filij prædium ipsius rusticum vendiderint secundum voluntatem defuncti scriptam in testamento quod posteà irritum esse apparuit, nihil tamẽ videantur fecisse contra orationẽ Diuorum Principum *l. vlt. D. eod. tit. De reb. eor. qui sub tut.* quia nihil possunt videri fecisse mala fide & contra officiũ tutelæ, qui defuncti patris iudicium secuti sunt, cùm is casus oratione nominatim excipiatur iis verbis *nisi vt id fieret parentes testamento vel codicillis cauerint l. 1. § 1. eod. tit.* Nec ad rem facit quod testamentum in quo ea voluntas declarabatur postea ruptum vel irritum esse apparuerit, Nuda enim voluntas ex testamento alióve actu nullo æquè ac ex bono validóque declaratur *l. licèt transferam 20. l. ex parte 22. D. de adim. legat. l. vltim. Cod. famil. ercifcun.* Nec minùs prætor quàm tutor ipse eam patris voluntatem sequi cogeretur, quia tũ

l. vlt. D. de reb. eor. qui sub tutel. l. 1. § 1. eod. l. licèt transferam 20. l. ex parte 22. D. de adim legat. l. vl. C. famil. ercisc.

quoque cùm prætoris decretum necessarium est, debet ille pronior esse ad cõsentiendum patri *l.si pupillorum 7.§.si pater* De *reb.eor.* vt & cùm agitur de cõfirmando tutore vel curatore quem minùs ritè pater dederit, siue impuberi, siue adulto, siue furioso *l.1.& tot.tit.* De *confirm.tutor.l.si furioso* 16.D. *de cur.fur.*

l.si pupillorũ 7.§. si pater D.de reb. eor.

l.1. De confirm.tut.l.si furioso 16. D.de curat. furios.

PRINCIPIVM VIII.

De minore qui magis de præda quàm de damno sollicitus est.

PVpillis & minoribus tunc fauendum & succurrendum est cùm aliquid iis abest, non etiam cùm de præda magis quàm de damno solliciti sunt *l.si minoris* 25.*D.de adm.& peric.tut.* id est cùm id agunt vt captent lucrum ex damno alieno. Nam hoc natura æquum est, Neminem cum alterius iniuria fieri locupletiorem *l.nam hoc natura* 14.*D.de condict.indeb.l.iure naturæ* 206. De *reg. iur.* Multóque magis ex iure gentium idem dicendum erit *l.rerum quidem* 25. *in fin.* D.*rer.amot.* Quod quia naturalem intellectum habet, in eo probando diutiùs non immorabimur.

l. si minoris 25.D.de admin.tutor.

ILLATIO I.

De minore qui consecutus est à curatoribus quanto minus eorum culpa consecutus est à tutoribus.

EX hoc Principio fit, quod Vlpianus scribit in *d.l.si minoris* 25.De *admin.tutor.* Si minoris actum fuerit cum tutore adsistentibus curatoribus, & pupillus ob hoc egerit cum curatoribus, & sint ei condemnati, in id quod sua interest minoris tutorem culpa eorum condemnatum non esse, non eo quidem minùs posse pupillum restitui contra tutorem, Et ideò curatores si nondum iudicatum fecerunt posse prouocantes vel per doli exceptionem consequi vt eis mandentur aduersus tutorem actiones, quia etiam post condẽnationem permissum est tam curatoribus quàm tutoribus desiderare mandari sibi actiones aduersus eos pro quibus condemnati sunt *l.1.§.non tantum* 18. *D. de tut.& rat.distr.* Sed tamen si iam fecerint iudicatum curatores, id est si solidum persoluerint ita vt nihil iam minori absit, profuturum hoc tutoribus, quoniam, inquit, nihil minori abest, qui de præda magis quàm de dãno sollicitus est. Ex qua ratione apparet, id quod sequitur *nisi fortè mandare actiones paratus sit curatoribus* vel delendum esse tanquam glossema imperiti interpretis, vel ita emendandum vt pro *nisi* legamus *nec si.* Nam quod pupillus paratus sit mandare actiones curatoribus, non facit vt eo magis quicquã absit pupillo, nec proinde vt contra tutorem suum vel ipse agere vel actionem aliquam mandare possit: Etsi enim curatores quod ex iudicato soluerunt non tam pro tutore minoris summæ condemnato quàm pro seipsis & ob culpam propriam soluisse videntur, ob idque nec tutorem ipso iure liberasse ex *reg.l.Papinianus* 28.*D.mandat.* cùm tamen tutelæ actio non nisi ex bona fide competat & ex quasi contractu, nec ad aliud quàm ad id quod pupillo abest, omnino consequens fit vt si iam plenè & integrè satisfactum sit pupillo, nulla ei actio supersit, saltem vtilis & cum effectu, ac quæ non potiùs per doli exceptionem elidi debeat quia

d.l.si minoris.

l.1.§.non tãtum 18.D.de tut.& rat.distr.

Emendatus Vlpianus.

l. Papinianus 28.D. mandat.

bona

bona fides non patitur, vt bis idem exigatur, quemadmodum scriptum est in regula iuris: Absurdum namque esset actionem quæ in tutorem inutilis pupillo foret & inefficax, ob id solum fieri vtilem & efficacem, quod ab eo cessa fuisset curatoribus quibus propter condemnationem & solutionem ex condemnatione secutam aliquid abesset: Quisquis enim cessa, & mandata actione vtitur, non plus iuris habere potest ex cessione, quàm cedens habuerit tempore cessionis. Nec quicquam interest tutoris, an ea actio qua potuit aliquando conueniri si qua superest post solutionem à curatoribus factam, cessa eis sit à pupillo, an verò penes pupillum manserit. Cùm vtroque casu æquè verum sit eam rationem facere pro tutore quod nihil abest pupillo cui curatores ad vltimum vsque quadrantem satisfecerunt. Atque ita legendum & intelligendum esse Vlpianum ex illo etiam constat quod non tam suam quàm Papiniani sententiam eo loco refert sumptam ex libro secundo Responsorum, quæ extat in *l. alterius* 20. §. 1. D. *de tut. & ration. distr.* vbi tamen nihil tale scriptum legimus de actione præstanda contra tutorem curatori qui iam & condemnatus sit & soluerit. Hoc enim tantum ait Papin. Actionem quæ post vigintiquinque annos ætatis intra tempus restitutionis aduersus tutorem minore pecunia tutelæ iudicio condemnatum redditur, non idcirco inutilem esse quod adolescenti curatores ob eam culpam fuerint condemnati, Posse itaque curatores per doli exceptionem consequi eam actionem præstari sibi, sed ita demùm & sub ea exceptione *si non factum sit à curatoribus iudicatum*. Sic enim legendum est, vt apud Vlpianum in *d. l. si minoris*, non *iudicium* vt vulgo. Quæ exceptio probat apertissimè quod volumus, Cùm ergo iudicatum à curatoribus factum est, nullam exinde actionem à pupillo, vel adolescente præstari curatoribus contra tutorem posse. De quo ne dubitare quisquam possit illud etiam obseruari volumus, Papinianum de ea tantùm actione loqui quæ aduersus tutorem minore pecunia condemnatum competit beneficio in integrum restitutionis, Nec de alia actione Vlpianum intelligi posse, quod & Bart. ad eum locum fatetur. Nã actio tutelæ consumpta & perempta est hoc ipso quod fuit in iudicium deducta cùm per contestationem litis nedum per iudicatum & sententiam extinguatur actio tutelæ, iure cuiusdam nouationis sicut & actio alia quælibet *l. vlt. C. de vsur. rei iud. l. aliam* 29. *D. de nouat.* Vt proinde nullus disputationi locus relinquatur, An postquàm curatores iudicatum fecerunt, possit adhuc eis cedi actio quæ amplius nulla est. *l. 1. C. de contr. iud. tut. l. Modestinus* 76. D. *de solut.* Atqui actio restitutionis in integrum siue aduersus rem iudicatam, siue ex quouis alio edicti De minoribus capite per minorem restitutio postuletur non aliter competit, quàm si minor se læsum probet *l. nam posteaquã* 9. *§. si minor.* D. *de iureiur. l. verum* 11. *§. sciendum l. quòd si minor* 24. *§. non semper & pass.* D. *de minor.* & quidem eo tempore quo postulat restitutionem. Quod enim aliud tẽpus inspicere prætor posset? siquidem nec læsus videtur qui non durat læsus. Porrò non potest dici læsus adolescens eo tempore quo actionem beneficio restitutionis sibi competentem præstare vult curatoribus tùm cùm iam curatores ei satisfecerunt quandoquidem nihil tunc ei abest. Nulla ergo superest ratio dandæ ei restitutionis aduersus rem iudicatam, aut quod idem est, aduersus tutorẽ minore pecunia condemnatum, quia nec posset ei cõpetere nisi de superfluo vt loquitur *l. 1. C. si aduers. rem iud.* id est de eo, quod minùs consecutus esset pupillus quàm ipsi deberetur. Planè cùm curatores condemnati tan-

l. alterius 20. §. 1. D. de tutel. & rat. distr.

Emendatus Vlpianus.

d. l. alterius §. 1.

l. 1. C. de cõt. iud. tut. l. aliam 29 D. de nouat.

l. 1. C. si aduers. rem iudic.

tùm ſunt,necdum ſatisfecerunt,nihil prohibet ipſis cedi ab adoleſcente actio nem reſtitutionis,quæ adhuc competit,quia non facit condemnatio curatoris quominùs adhuc verum ſit abeſſe adoleſcenti id quod conſequi debuerat iudicio tutelæ,Nec enim cōdemnationē pati,ſoluere eſt.Illud igitur ſemper inſpiciendùm eſt an reſtitutio petatur,aut reſtitutionis ceſſio priuſquàm iudicatū factum ſit à curatoribus qui in ſuperfluam quantitatem condemnati ſunt, an poſtea.Tunc enim & reſtitutio competit,& reſtitutionis ceſſio valet cùm iudicati executionem præcedit.Quo caſu id eſt,cùm pupillus tutelæ actione cōtra tutorem ſiue alteri tutori ſiue curatori quem iudex in ſolidum condemnauit,ceſſit,quamuis poſtea iudicatum fiat,tamen actio data non intercidit,quia pro parte tutoris condemnati non tam tutela reddita quàm nominis precium ſolutum videtur vt eleganter ait idem Papinianus in *l.cùm pupillus 21.D.eo.*vbi quod ait de ceſſa tutelæ actione non pugnat cum eo quod diximus actionem tutelæ quæ in iudicium ſemel deducta fuit hoc ipſo conſumptam eſſe,Conſumitur enim illa demum,quæ competit contra eum ipſum cum quo agitur,nō autem illa quæ cōpetit aduerſus contutorem cum quo actum non eſt,Sicuti dicimus,conuento tutore vel herede tutoris iudicio tutelæ curatorem eiuſdem, neque ipſo iure liberatum videri,neque exceptionem rei iudicatæ ei dandam, idémque in magiſtratuum heredibus obſeruandum eſſe.At vbi pupillo pleniſſimè ſatisfactū eſt quiſquis ille ſit qui ſatisfecerit,omnis actio tollitur, quia ex eo tēpore incipit pupillus eſſe ſollicitus de præda non de damno. Alius apud Vlpianum error eſt vulgatæ lectionis in illis verbis *poſſe prouocantes per doli exceptionem conſequi.*Legendum enim eſt *prouocantes vel per doli exceptionem.* Alterutrum enim auxilium ſufficit vel appellationis vel exceptionis doli vt extorquere poſſit ceſſionem actionis & reſtitutionis à pupillo contutor vel curator qui fuit in ſolidum condemnatus.Idque conſtat apertiſſimè ex Papiniano in *d.l.alterius* §.1.vbi requirit ſolam exceptionē doli nō etiam prouocationem.Nos de eo ſcripſimus pluribus in libris Conіect.neque hîc repetemus.

l. cùm pupillus 21. D. de tut. & rat. diſtr.

Alia emendatio Vlp. in d.l. ſi minoris.

ILLATIO II.

De adoleſcente vindicante prædium venditum cum decreto nec reſtituente precium.

SEcundò ex eodem Principio fit,quod ſcriptum eſt in *l.ſine herede 32.* §.*interpoſito eo.tit.De adm.tut.*Adoleſcens fundum Titio vendiderat interpoſito curatore.Adde interpoſito etiam decreto,Alioqui venditio nō valeret,quæ facta eſſet cōtra prohibitionē Senatuſconſulti,nec ad eā reſcindendā vlla opus eſſet reſtitutione *l.2.C.de præd.minor.* Niſi poneres ex voluntate & permiſſu patris factam fuiſſe venditionem aut ſimilem caſum aliquem interueniſſe in quo non ſit opus decreto *l.1.& 3.D.de reb.eor.*Poſtea fraude agnita in integrū reſtitutus adoleſcens & in poſſeſſionem induci iuſſus eſt,Cùm ex ea venditione nec ipſius condicio melior facta eſſet,nec in rem ipſius quicquam verſum probaretur,quærebatur apud Modeſtinum an adoleſcens precium fundi emptori reſtituere,non deberet.Modeſtinus reſpondit, Pretium fundi ab adoleſcente venundati ſi rationibus eius non profuit, nec quicquam de eo à iudicante de in integrum reſtitutione ſtatutum eſt,emptorem fruſtra poſtulare,Nimirum quia reſtitutio quæ minori conceditur,non aliam rationē aut æquitatem habet,

l.ſine herede 32.§.interpoſito de adm. tutor.

l. 2. C. de præd.min.

l. 1. & 3. de reb.eor.

habet, quàm ne quid ei absit, & vt indemnis seruetur, quod non contingeret si precium ex cuius solutione nullam vtilitatem percepisset, reddere cogeretur. E contrario si poneres pecuniam precii versam fuisse in rem adolescentis, dubitari non oporteret; quin etiamsi nihil de eo in sententia expressum fuisset, restitui tamē preciū emptori deberet, ne alioqui locupletaretur minor ex detrimento & iniuria emptoris, magísque de præda quàm de dãno sollicitus esset. Quãquã enim fundos suos, neque distrahere, neque obligare sine decreto minor potest, nec minoris curator, si tamen vendiderit, & acceptū preciū creditoribus paternis, adolescentis solutum fuerit, quandocumque vindicanti ei prædiū cum fructibus iure dominij non inutiliter doli mali opponetur exceptio, si non offerat ille preciū, ac medii tēporis vsuras quæ creditoribus deberentur, si solutū ipsis non fuisset, vt ex Papiniano Paulus tractat in *l. si fundus* 13. *§. quãquam D. de reb. cor.* Si tamen ex cæteris facultatibus minoris æs alienū solui nō potuerit. Hanc enim addebat condicionē Papinianus. Ad quã tamē Paulus notat, Etsi solui potuerit æs alienum ex aliis rebus minoris, Si tamen illæ res saluæ erunt ex quarū precio æri alieno satisfieri potuit, adhuc dicendū esse doli exceptionem obstare debere, si lucrū captet pupillus ex damno alieno. Qui locus in hanc nostrã sententiã omnium accōmodatissimus est, Eíque cōuenit quod scriptū est in *l. prædiorū* 10. *l. vtere* 14. *l. si prædium* 16. *C. de præd. min.* Ex quibus locis apparet legendū esse in *d. §. quamquam*, non vt vulgò *debentur*, sed vt in *d. l. vtere, deberentur*. Nullæ siquidem vsuræ debentur creditori cui sors soluta fuit, nimirū ex die sortis solutæ, sed deberentur si ex pecunia istius emptoris nō esset sors soluta. Illud tamen mirum videri possit, & accōmodatè ad Principiū quod nunc tractamus explicatione dignum est, quod supradictis omnibus locis traditur, Emptori onus incumbere probandi, quòd pecunia precij versa sit in rem minoris, tùm quoque cùm ipsi curatori facta solutio est. Ita enim fieri videtur vt minori faueatur etiam cùm de præda magis quàm de damno sollicitus est, siquidem dubitari non potest quin pecunia soluta tutori versatur in actionem tutelæ, soluta verò curatori in actionem negotiorum gestorum, cùm eiusmodi solutione obligentur tutor & curator vt pecuniæ rationem reddant. Nã & ad eorum officiū pertinebat vt prouiderent ne pecunia illa malè consumeretur. Quod cùm ita sit illud etiam consequens fit, vt versa omnimodo sit pecunia in rem minoris, quoties conuersa est in actionem quæ fuerit per solutionem acquisita. Nec enim quisquam negauerit locupletiorem fieri eum qui acquirit actionem, quam qui habet, rem ipsam habere videtur vt est in iuris regula. Sed de tota quæstione illa videnda sunt quæ scripsimus in Rationalib. ad *l. quòd si minor* 24. *§. restitutio* D. *de minor.* & quæ scribemus pluribus in tertia parte Chiliadis nostræ *De error. pragmat.*

l. si fundus 13. §. quamquã eod. tit.

l. prædiorum 10. l. vtere 14. l. si prædium 16. C. de præd. minor.

Emendatus d. §. quamquam.

ILLATIO III.

De sumptibus voluntarijs ab emptore factis in prædium minoris.

TErtiò ex eodem Principio fit, quod sequitur apud Modestinum in *d. §. interposito, vers. item respondit*, sumptibus voluptatis causa factis ab emptore non esse onerandum adolescentem: Qui tamen ab codē ædificio ita auferri possũt vt in facie pristina id est quæ fuit antè venditionē ædificiū manere possit emptori aufferre permitti oportere, Nēpe quia nō videtur quisquam id habere quod nisi voluptatis causa non habeat, Nemo saltem dixerit ex volu-

d. §. interposito l. 32. de adm. tutor.

ptariis impensis fieri quemquam locupletiorem, cùm nullius omnino sint vtilitatis, ob idque ab impensis vtilibus & re & nomine distinguantur *l. voluptariæ 7. cum quatuor seqq. De impens. in reb. dotal. fact. l. impensæ 79. De verb. signific.* Quæ tamen possunt à fundo separari eas si minor retinere velit non aliter potest quàm si earum precium offerat, dummodo tales sint quibus ablatis eadem nihilominùs ædificii facies permansura sit, quoniam alioqui de præda esset sollicitus minor qui eas impune retinere vellet, & ex aliena iactura locupletaretur. Duo igitur, quantum ad hanc rem attinet concurrere necesse est, Vnum vt commoda sit istarum vtilium impensarum separatio, id est talis quę rei faciem pristinam non possit immutare, Alterum vt postquàm separatæ fuerint, aliquam vtilitatem aut potiùs voluptatem ei qui separauerit adferre possint. Neque enim malitiis indulgendum est, si tectorium puta quod induxerit emptor picturásque corradere velit, nihil inde laturus nisi vt officiat vt Celsus tractat in *l. in fundo 38. D. de rei vindicat.* Nec superioribus contrarium est quod Scæuola respondit in specie *§. vlt. l. intra vtile 39. D. de minor.* non esse restituendum minorem volentem in integrum restitui aduersus fundi venditionem à curatore factam, nisi maluerit omnes expensas, quas bona fide emptor fecisse adprobauerit ei præstare: si paratum sit minori auxilium aduersus curatores qui idonei prop onantur. Nam præter id quod de vtilibus tantùm impensis sensisse videtur Scæuola, cùm per voluptarias fundus non fiat melior, sed ornatior, Potest eam videri species illa propriam quandã habere rationẽ, quòd non alia de causa videretur minor impulsus fuisse ad petendã restitutionẽ, quã quia per eiusmodi impẽsas fundus melior factus esset, nõ petiturus restitutionem si factæ impensæ non fuissent: quæ res facit sanè multò fauorabiliorem causam emptoris, & odiosiorem minoris, cui hoc casu sufficere debet, quod à curatoribus idoneis constitutis indemnitatem consequi possit, Quãuis regulariter verum sit non eo minùs restituendum esse minorem, quòd aduersus idoneos curatores paratam habeat actionem, *tot. tit. C. si tutor. vel curat. interuen.* cùm ipsius intersit corpus habere potiùs quàm æstimationem *l. si ex causa 9. in princip. D. de minor.* Iusta scilicet adfectione retinendorum bonorũ quæ patris maiorúmve ipsius fuissent *l. si in emptionem 35. D. eod.* Restitutio nãque in integrum reddit minori corpus ipsum quod fuit venditum, Actio verò de indemnitate quam contra curatores exercere potest, nihil nisi pecuniã, qua omne id quod minori abest, æstimandum est. Ex quo intelligimus, quoties nihil aliud petit minor per in integrum restitutionem quàm vt sibi pecunia & indemnitas præstetur, nullam esse rationem cur ei succurrendum sit cõtra emptorem aliúmve quemlibet, quandiu indemnitatem potest consequi à curatore, quoniam cæteris paribus promptior & paratior est actio quæ aduersus tutorem vel curatorem competit iure ordinario, quàm quæ contra emptorem aliúmve tertium per in integrum restitutionem, Nec proinde fieri potest vt quicquam minori absit hoc nomine, tametsi restitutio in integrum ei denegetur: Longéque iustius & æquius est fauere emptori qui bona fide contraxerit, vel ob hoc ipsum, Ne fiant de lite lites si condemnatus emptor postmodum aduersus curatorem regressum habere cogatur, siue propriis, siue cessis sibi à minore actionibus quibus vtique semper cedere minor cogitur *d. l. si minoris 25. l. vlt. D. de adm. tutor. l. in creditore 38. D. de euict.* Alioqui si vel nolit vel non possit cedere summouendus est exceptione cedendarum actionum, tanquam qui hoc casu sollicitus sit de præda, magis quàm de damno. ILLA-

l. voluptariæ 7. cum quat. seq. De impens. in reb. dotal. fact. l. impensæ 79. de verb. signific.

l. in fundo 38 D. de rei vindic. l. intra vtile 39. §. vlt. D. de minor.

tit. C. si tut. vel cur. interuen. l. si ex causa 9. in prin. de minor. l. si in emptionem 35. eod.

l. si minoris 25. l. vlt. D. de adm. tut. l. in creditore 38. D. de euict.

ILLATIO IV.

De duobus tutoribus cum quorum altero actum fuit.

QVartò ex eodē Princip.fit,vt ex duobus tutoribus si cũ altero actũ fuerit, alter ob hoc solùm nō liberetũr *l.qui tutor* 18.§.1.D.*eo.ti.De adm.& per. tut.* Quāuis enim ita receptum sit in pluribus correis debēdi,aut fideiussoribus si ius vetus inspiciatur,vt vnius electione alius liberetur,vt refert Paulus *lib.* 2. *sent.tit.*17.*Ex empt.& vend.*§.*vlt.*(aliud enim hodie obtinet post Iustiniani cōstitutionem in *l.vlt.C.de fideiuss.*)tutorum tamen ideo alia ratio est, quod pupillis eousque fauendum est,vt nihil iis absit, Abest autem tandiu quandiu ipsis satisfactum non fuit, nec eo minùs quòd cum vno ex tutoribus actum sit. Non enim quisquis cœpit agere hoc ipso haberi debet pro eo acsi id cuius nomine agit iam esset consecutus.

l. qui tutor 18. §.1. De admin. tut.

l.vlt. C.de fideiuss.

ILLATIO V.

De vsuris etiam post finitum officium in diem vsque tutelæ restitutæ præstandis.

QVintò ex eodem Principio fit,vt tutor etiam post finitum officium vsuras nihilominùs debeat in eum vsque diem quo tutelam restituit *l.tutor qui repertorium* 7.§.*vltim.l.Lucius* 46.§.*quæsitum* D.*eod.tit.De admin.& peric. tutor.* Quandiu enim abest ei pecunia quæ ex ratione tutelæ ipsi restitui debet,tandiu absunt etiam ei vsuræ quas ex pecunia illa posset redegisse si suo tēpore fuisset restituta,Ideóque ne quid pupillo absit,hactenus ei faueri oportet vt vsurarum quoque ratio habeatur,Nimirum si non multò post tutelam finitam tempore ratio tutelæ petatur. Nam alioqui periniquum sanè est eum cui fortè post viginti annos,vel amplius in mentem venerit,tutelam reposcere,etiam vsuras postulare,Maximè si non contra tutorem agatur,sed contra heredem tutoris *l.maximéque* 29.*eod.* Extra hunc casum non satis erit tutori, quòd per eum non steterit,quominùs conuentus restitueret tutelam, Nisi etiā obtulerit pecuniam quam sciuit se debere: At neque sufficit obtulisse nisi & deposuerit obsignatam tuto in loco, vt contra Marcellum Vlpianus disputat in *l.tutor* 28.§.1.*eod.* Sola namque obsignatio non etiam oblatio vim solutionis habet *l.acceptam* 19.C.*de vsur.l.obsignatione* 12.C.*de solut.*Tandiu autem verum est abesse pupillo quandiu non fuit ei solutum quod debebatur.

l. tutor qui repertorium 7.§.vl.l. Lucius 46. §. quæsitum de admin.& peric.tutor.

l. maximéque 29. eod.

l. tutor 28. §.1.eod.

ILLATIO VI.

De tutore duorum impuberum quorum vnus factus sit pubes,alter sit adhuc impubes.

SExtò ex eodem Principio fit, vt si quis duorum impuberum tutelam sustineat quorum vnus pubes factus sit,alter adhuc sit impubes, tutelæ iudiciū non ideò differri oporteat quantum ad personam puberis quod impubes alius idémque coheres adhuc sit sub tutela,& potestate eiusdem tutoris *l.tutores* 39. §.*penult.eod.tit.* Cùm enim pupillo absit,quod ei ex causa tutelæ debetur,esset contra vtilitatem pupilli facti puberis si ob personam alterius impuberis actio tutelæ differretur,vel ob id maximè quod fieri potest non soluendo tu-

l.tutores 39. §.pen. eod. tit.

tor,qui nunc fortasse sit soluendo,nec tutor tantùm,sed ipsius etiam fideiussores. Neque ad rem pertinet quod propter indiuiduã hereditatibus possessionẽ non facilè videatur ratio tutelæ quantum ad vnum ex coheredibus expediri posse quin vtrique communiter ratio reddatur. Nam imò verò nihil prohibet reddi singulis coheredibus separatim,acsi tot essent patrimonia quot sunt personæ coheredum, vt sanè sunt. Quod si quid occurrat ita indiuiduum, vt nisi communiter reddi ratio non possit, tùm quoque nihil vetat eandem constitui reddendæ rationis formam quæ constitueretur si ambo essent puberes, sed ita tamen vt pro parte illius qui impubes manet, remaneant omnia penes tutorem acsi nullæ, quod ad eum, rationes redditæ essent. Nihil igitur potest incidere propter quod actio tutelæ differenda sit ob personam impuberis coheredis cùm verum sit alterius qui agere vult, pubertate finitam esse tutelam *l.1.& 2. C.quand.tutor.& curat.esse desin.* aliisque vulgaribus.

ILLATIO VII.

De priuilegio quod habet pupillus in bonis tutoris sui vt creditoribus chirographariis præferatur.

l. ex pluribus 42. eo. ti. SEptimò ex eodem Principio fit, quod scriptum est in *l.ex pluribus 42. eod. tit. De admin.& peric.tut.* Si ex pluribus tutoribus vnus in solidum condemnatus sit, isque in rem suam procurator datus fuerit, non idcirco dandum ei esse priuilegium, quod habet pupillus in bonis tutoris sui vt cæteris creditoribus chirographariis præferatur *l.vlt. D.de tutel.& ration.distr.* quia nec heredibus pupilli priuilegium tale vllum datur *l.dabimúsque 19.§.1.De reb.autor.iudic.possid.* aliàs *l.4.§.1.De priuileg.credit.* Nimirum quia vt Papinianus subiungit in *d.l.ex pluribus*, huiusmodi priuilegium introductum est, vt succurreretur non causæ, sed personæ, quæ pręcipuum meruit fauorem. Fuit enim fauẽdum pupillo ne quid ei abesset cùm nihil possit ei imputari cur sibi meliùs non prospexerit, qui vtique prospicere non potuit propter ætatis imbecillitatem. Quæ ratio cessat in persona heredis, cui etiamsi aliquid abfuturum sit ex eo quod pupilli priuilegium non habeat, nihil tamen ex eo iniqui emergit, cùm heredi qui semper habet causam lucratiuam nulla fiat iniuria si communem sequatur cęterorum creditorum condicionẽ, qui vt plurimùm certant etiam de damno vitando. Quare nec aliud erit etiamsi hic pupilli heres ipse quoque pupillus proponatur. Æquè enim habet causam lucratiuam, nec succedit vt pupillus, sed vt alius heres quilibet: Neque quicquã posset iniquius dici, quàm vt cæterorum tutores creditorum condicio ob id fieret durior, quod pupillus pupillum heredem reliquisset. Succurritur quidẽ pupillis, & minoribus in quibusdam quę non tam ad personæ quàm ad causæ fauorem pertinẽt, vt cùm agitur de beneficio in integrum restitutionis, Et in his non minùs heredi pupilli minorísve succurritur, quàm ipsi minori pupillóve *l.minor autem 18.§.vlt.& l.seq.D.de minor.* Sed beneficium illud dicendum est veriùs quàm priuilegium, quo nomine priuilegij solemus intelligere priuatas leges in fauorem certarum personarum latas, qualis non illa est, vt pupillus possit in integrum restitui aduersus contractum in quo læsus sit, (nam & aliis plerisque personis pretor tribuit auxilium restitutionis ex variis causis, si ratio & æquitas causæ id suadeat potius quàm fauor personæ *l.3.D.de in integr.restit.* neque rursus pupillos & minores passim prætor restituit, sed causa cognita

Margin notes: *l.vlt. D. de tutel. & rat. distr.* — *l. dabimúsque 19. §.1. D. de reb. autor. iud. poss.* — *l. minor autem 18. §. vlt. & l. seq. D. de minor.* — *l.3.D. de in integr.restit.*

cognita & ita demũ si capti proponãtur *l.verũ* 11. *§.sciendum est l.quod si minor* 24. *§.non omnia D.de minor.l.nam posteaquàm* 9. *§.si minor.D. de iureiur.*) Sed ista, vt pupillus præferatur cæteris creditoribus chirographariis etiam tempore anterioribus in bonis sui tutoris, vel protutoris *d.l.vlt. De tutel. & rat.distr. dict.l.dabimúsque* 19. *§.1.de reb.autor.iudic.possid.* Cuius priuilegij ratio alia reddi non potest, quàm fauor personæ impuberis, qui fauor cùm pendeat omnino à persona transire in pupilli heredem numquam potest. In eum verò qui à pupillo constitutus sit procurator in rem suam, multò minùs: quia cessionarius quisquis ille sit & ex quacumque causa semper singularis successor est, heres verò semper vniuersalis, ac proinde in quẽ faciliùs iura omnia transire possint & debeant, quàm in successorem singularem, Vt nõ abs re soleant interpretes ex illo Papiniani responso probare, Non esse cessibile, vt loquuntur id quod non est transmissibile. Quamuis non æquè facilè admitti è contrario possit, quod tamen iidem interpretes vulgo iactitant, Transmissibile non esse quod non est cessibile. De quo alibi erit tractandum. Sic & in dote euenit, vt pleraque beneficia dotis causa habeat, quæ etiam ad mulieris heredes transmittuntur, quale illud est, vt tacitam habeat hypothécam & stipulationem *l.vnic.C.de rei vxor.act.* Alia verò non tam dos quàm persona mulieris, Cuiusmodi illud est, vt præferatur omnibus creditoribus expressam quoque & anteriorem hypothecam habentibus, Ex Iustiniani constitutione in *l.assiduis* 12. *C.qui potior.in pignor. hab.* Item vt non possit conueniri nisi in quantum facere potest, vt nec vicissim maritus *l.quia tale* 14. *cum l.praced.* D. *solut. mat.* Ex hoc autem intelligimus priuilegiũ illud pupilli antiquo iure non fuisse priuilegium tacitæ hypothecæ, vt plerique putant, sed prælationis, quia si esset priuilegium tacitæ hypothecæ transmitteretur ad heredes pupilli cùm per hypothecam constituatur ius in re quod proinde transit in heredem quẽlibet, Non enim sunt personalia priuilegia, quæ afficiunt rem ipsam *d.l.vnic. C.de rei vxor.act. & tot.tit.* D. & *C.In quib.caus.pign.vel hypoth.tacit.cont.* Neque rursus priuilegium prelationis vllum habere pupillus posset, aut deberet, si tacitæ hypothecæ ius haberet. Hoc ipsó enim præferretur ex iure communi ex quo quisquis creditor hypothecarius est licèt tacitam duntaxat hypothecam habeat, omnibus tamen chirographariis præfertur *l.pro debito* 6. *C.de bon. autor.iudic.possid.l.eos qui* 9. *C.qui potior. in pign.hab.* Neque verò de alio quàm de prælationis priuilegio & de chirographariis creditoribus accipi potest *tit. ille De reb.autor.iudic.possid.* aut ille qui est in vulgatis codicibus *De priuileg. credit.* Dixi *antiquo iure*, quia si nouum inspicias non est dubitandum quin hodie tutorum & curatorum omnium bona taciti pignoris titulo sint obligata *l.vlt.C.de legit.tutel.l.pro officio* 20. *C.de admin.tut.* Sed hoc primus induxisse videtur Cõstantinus in *d.l.pro officio*, ad eámque constitutionem refero quod Iustinianus de hac tacita hypotheca scribit in *d.l.vnic.§.1.C.de rei vxor.act.* Nam quod scriptum est in *l.vnic.C.rem alien.ger.non esse interd.* quæ lex est Seueri & Antonini qui Constantinum præcesserunt facilè potest intelligi de alio iure quàm quod sit tacitæ hypothecæ, scilicet de iure reuocationis, quod cõpetit cuilibet in cuius fraudem aliqua facta sit alienatio ab aduersario condemnato: Vix enim est vt non alienet in fraudem qui alienat post condemnationem si ex eo fiat non soluendo, Non quòd per solam sententiam bona debitoris condemnati obligata esse incipiant, sed quia incipiunt esse in ea causa, vt pro

d.l.vlt. De tutel.& rat. distr d.l.dabimúsque 19.§.1. de re. autor.iudic. possid.

Non esse cessibile quod non est transmissibile.

l.vnic.C.de rei vxor. act.

l.assiduis 12. C.quipotior. in pign.hab.

l. quia tale 14 cum præced. & solu. matr.

l. pro debito 6.C.de bon. autor. iud. possid. l.eos qui 9 C.qui potior.in pig. hab.

l.vlt. C.de legit. tut.l. pro officio 20.C.de admin.tut.

d l.vnic.§.1. C.de rei vxor.act.

l.vlt.C.rem alien.geren.

iudicati executione obligari & pignori capi à magistratu possint *l. à Diuo Pio* 15. §.1. *D. de re iud.* Quod à nobis iam fusiùs tractatū & disputatū fuit ad *Prin.3. illat.11. hoc tit.* Superioribus consequens est, vt ea Papiniani sententia quæ extat in *d.l. ex pluribus*, itémq; Vlpiani in *d.l. dabimúsque* §.1. sit hodie abrogata. Nec enim dubitandū est quin ius tacitæ hypothecæ nō tātùm pupillis, sed etiam minoribus indultum non modò transmissibile sit in heredem, sed etiā cessibile, aut vt alij loquūtur credibile, siue contutori in solidū condēnato fiat cessio vt in *d.l. ex pluribus*, siue alij cuilibet in rem suam constituto procuratori. Cùm enim rem ipsam afficiat, nihil iam est quod impediat quominùs & transmitti & cedi possit, quia non tam personæ pupilli, vel adulti, quàm causæ fauorem respicit, planéq; inauditum est, vt ius pignoris, siue expressi, siue taciti per creditoris mortem extinguatur, quomodo tamen pupilli priuilegium de quo nunc agimus ipsius morte extinguebatur: Sicut autem plenius est ius pupilli tacitam hypothecam habentis, quàm esset olim cùm non haberet nisi ius prælationis, Ita è contrario plenius aut, vt verè dicam, amplius erat olim priuilegium illud prælationis quàm hodie sit tacitæ hypothecæ, quia competebat pupillo non tantùm in bonis tutoris veri, aut etiam eius qui pro tutore gessisset *d.l. vlt. D. de tut. & rat. distr.* Sed etiam in bonis cuiuslibet qui negotium impuberis ex solo amicitiæ officio administrasset *l. si negotium 23. D. de reb. autor. indic. possid.* Cùm tamen nemo probabiliter dicturus sit hodie bona istius, qui ex solo amicitiæ officio negotium pupilli gesserit, esse pupillo tacitè obligata, Quāuis nō ignorem placere nostris post Accur. ad *d.l. pro officio*, etiā protutoris sicut & tutoris bona pro administratione teneri vinculo taciti pignoris. Ex *d.l. vl. De tute. & ra. dist.* quæ tamē nō de tacitæ hypothecæ, sed de prælationis priuilegio accipiēda est, vt diximus. At illud etiā obseruatione dignum est, quod quamuis Constantinus in *d.l. pro officio*, dederit ius tacitæ hypothecæ adultis quoque in bonis curatoris, prelationis tamen priuilegium quod olim habebat pupillus inter creditores chirographarios in tutoris bonis, non habebat adultus in bonis curatoris, Fortasse ideò, quod minùs necesse videretur faueri hac in re adulto, qui sicut curatorem sibi petere poterat, ita & sibi stipulari & prospicere, siue fideiussoribus, siue pignoribus acceptis: quorum omnium nihil est quod de pupillo dici possit. Aliorum quibus tanquam debilibus & infirmis id est, quorum non modò bonis, sed etiam personis curatores dantur, alia ratio est, Hi enim pupillo æquiparantur melius quàm adolescentes, cuiusmodi sunt furiosus, prodigus, mutus, fatuus & aliȩ si quȩ sunt similes personȩ de quibus agitur in *d.l. dabimúsque* §.1. *cum trib. ll. seqq. D. de reb. aut. iud. possid. & d.l. vlt. D. de tutel. & rat. distr.* Ex quo intelligimus quantùm referat, an de prælationis priuilegio, an verò de tacitæ hypothecȩ beneficio agamus, etiam nouo iure inspecto. Etsi enim frustra est tractare hodie de priuilegio prælationis in iis casibus, in quibus competit ius tacitæ hypothecæ, Tamen extra illos casus saluum etiam hodie est priuilegium prælationis vbi ius tacitȩ hypothecæ deficit, vt puta si quis neque quasi tutor, neque quasi protutor, sed tanquam amicus negotium pupilli gesserit *d.l. si negotiū* 23. Et contrà potest ius tacitȩ hypothecæ locum habere habétque in causa adulti rationem administrationis à curatore reposcentis, qui tamen prælationis priuilegium olim nullum habebat.

d.l. ex pluribus 42. D. de admin. tutor. d.l. dabimúsque §.1.

d.l. vlt D. de tutel. & rat. distr. l. 5. negotiū 23. D. de reb. autor. iudic. possid.

Adultus nō habebat olim priuilegium in bonis curatoris.

Quantū referat an de priuilegio prælationis tractetur, an de priuilegio tacitæ hypothecæ.

ILLATIO VIII.

De tutoris defensore condemnato.

OCtauò ex eodem Principio fit, quod Paulus scribit in *l. defensor 22. D. de tutel. & ratiom. distr.* defensorem tutoris condemnatum non aufferre priuilegium pupilli. Neque enim, inquit, sponte cum eo contraxit. Sensus non ille est, si quis tutorem vltrò defenderit aduersus pupillum, & condemnatus sit, idem priuilegium competere pupillo in bonis defensoris, quod competeret in bonis tutoris, scilicet vt inter cæteros creditores chirographarios habeat ius prælationis, Quasi pupillo abesset aliquid si non eodem iure vteretur aduersus tutoris defensorem quo aduersus tutorem ipsum. Nulla enim vnquam lex fuit quę priuilegiũ pupillo dederit in bonis eius qui tutorẽ, siue ex volũtate, siue ex necessitate defenderit, quod nec datur ei in bonis magistratus *l. 1. §. priuilegium* D. *de magistr. con.* Sed Pauli sententia est, Priuilegium quod habet pupillus in bonis tutoris non esse ipsi aufferendum ob idsolum quod cum tutoris defensore iudicium acceperit. Etsi enim potest videri eo iudicij genere nouatio quædam facta esse propter mutationem personæ, cùm alia sit persona tutoris alia defensoris, Dici autem solet perire priuilegium tutelæ si nouatio fiat *l. si pupillus 9. D. de nouat.* (quę dubitãdi ratio erat apud Paulũ) ius tamen pupilli illud tuetur, quod non sponte & vltrò quasi contraxit cum defensore tutoris, sed ex necessitate, in eum incidit, quia recusare non potuit quominùs ab amico tutor defenderetur, Proinde imputari ei non potest cur defensoris personam secutus sit, nec ei nocere debet nouatio, quæ non fuerit voluntaria *l. aliam 19. eod. tit. De nouat.* Illa igitur ratio semper pro pupillo facit, quòd indemnis omnino seruandus est ne quid ei absit, quod nequaquam fieret si priuilegium ei aufferretur, cuius auxilio possit consequi ante cæteros creditores quicquid ex tutelæ causa debeatur, mansurus alioqui in damno. Non enim de priuilegio quæri solet nisi cùm debitor soluendo non est, Eáque nimirum etiã ratio est propter quam visus fuit dignus pupillus cui priuilegium hoc in bonis tutoris concederetur, Scilicet quod non sponte contrahat, aut quasi contrahat cum tutore, sed incidat in tutorem *l. vlt. in fin.* D. *rem pupill. salu. for.* Ex qua ratione tantò magis confirmatur, quod proxima illatione dicebamus non idem adulto competere priuilegium in bonis curatoris. Adultus enim vltrò & sponte contrahit, aut saltem quasi contrahit cum curatore, cùm non detur curator nisi volenti & petenti *§. item inuiti Instit.* De *curat.*

l. defensor 22. D. de tutor. & rat. distr.

l. 1. § priuilegium De magist. conuen.

l. si pupillus 9. D. de nouat.

l. aliam 19. cod.

l. vlt. in fin. D. rem pupil. salu. for.

ILLATIO IX.

De pupillo qui tutoris sui reliquationem secutus agit in bona tutoris vendita.

NOnò ex eodem Principio fit, quod idem Paulus scribit in *l. qui nominibus 44.* De *admin. & pericul. tutor.* Si pupillus post pubertatem rationibus à tutore acceptis reliquationem eius secutus vsuras acceptauerit, non idcirco eum amittere priuilegium suum in bonis tutoris venditis. Prætorem enim priuilegium ei suum seruare debere, Nempe quia vsurarum perceptio non facit nouationem, vt tutelæ actionem perimat cui priuilegium hoc datũ est fauore personæ pupilli, nec quod pupillus factus sit pubes, efficere debet,

l. qui nominibus 44. D. de admin. tut.

vt eo minùs fauorabilis videri possit, quandoquidem priuilegium hoc non tã ætati datur, quàm personæ propter ætatem, Persona autem per pubertatem non mutatur licèt tutela finiatur: Tandiúque fauor debitus personæ pupilli durat, non quandiu ipse pupillus manet, sed quandiu verum est ei abesse aliquid ex causa tutelæ, Negari porrò non potest quin absit ei summa illa quam ex reliquatione pupillo debitam fuisse constitit, & cuius vsuras pupillus post pubertatem percepit. Neque tamen iis assentior qui notãt, Esse hoc aliud & nouum priuilegium pupilli, vt accipiendo vsuras à tutore vetus priuilegium suum non amittat ex *l. si ventri 24. §. 1. D. de reb. aut. iudic. possid. aliàs l. 9. De priuileg. cred.* vbi scriptum est, Eum qui fidem publicã secutus deposuit pecunias suas apud mensularium potiorem quidem cæteris creditoribus causam habere post priuilegia, id est post priuilegiarios creditores: Sed tamen si depositis nummis vsuras à mensulario acceperit non esse à cæteris creditoribus separandum. Id enim propriam, & specialem rationem habet, quam Vlpianus subiungit, quoniam ista vsurarum perceptio facit, vt creditor hic nõ tam deposuisse pecuniã quàm credidisse videatur, & exinde non tam fidem publicã secutus esse, quàm priuati sui debitoris. Excedit enim ea res notissimos depositi terminos, vt depositarius quisquis ille sit, & pecuniis depositis vti possit, & vsuras persoluat *l. Lucius 24. D. deposit.* Aliud autem est deponere, Aliud credere, Nec quod priuilegium habet is qui deposuit in bonis mensularij, idem etiam concessum est creditori, cuius causam nulla fidei publicæ quam secutus sit, ratio fauorabilem facit. At in priuilegio tutelæ nihil tale est, quia remanet pristina tutelæ obligatio & actio etiam posteaquàm pupillus à tutore vsuras perceperit, siquidẽ nihil in eo pupillus facit quod videri debeat alienum à tutela. Neq; enim tutelæ terminos excedit, quod vsuras pupillus acceperit quas ipso etiam tutelæ iudicio consequi posset *tot. tit. C. de vsur. pupill.* Est igitur ex iure communi non ex nouo pupilli priuilegio, vt vetus priuilegium etiam post vsurarum perceptionem pupillo saluum superfit, Déque illo potiùs dubitari potest, quęnam fuerit apud Paulum ratio dubitandi. Illa verò fuisse mihi videtur, quòd periisset priuilegium tutelę si actione tutelæ expertus pupillus vsuras tantùm consecutus fuisset, quia licèt sola contestatio non perimat priuilegium tutelę tanquam quæ coacta non voluntaria sit nouatio, *d. l. aliã 19. D. de non.* agi tamẽ tutelę sępius quàm semel nõ potest, ob ídque nimirũ, vt suo loco suprà diximus, actionẽ tutelę in tẽpus pubertatis differri placuit, ne priùs proposita, priùs consumeretur. Porrò plus quàm egisse videtur, qui exegit, cùm exactio nihil aliud sit quàm actionis effectus & executio. Sed ratio decidẽdi est, quia lõgè dispar est hac parte ratio actionis & exactionis. Actio totam tutelæ obligationem consumit, quia totam illam in iudicium deducit, Nec tam inspiciẽdum est hac parte quis iudicii effectus fuerit, quàm quis finis & quæ potestas propositæ actionis. At exactio quoniam facti non iuris est nihil consumit, nisi quatenus exactum solutúmque est, Nemo autem dixerit solutis vsuris sortem quoque solutam videri. Mirum igitur non est vsurarum perceptione priuilegium tutelæ non amitti.

l. si ventri 24. §. 1. De reb. autor. iudic. possid. aliàs l. 9. De priuil. credi.

l. Lucius 24. Depos.

Ratio dubitandi apud Paulum.

Alia ratio est actionis alia exactionis.

ILLA

ILLATIO X.

De pupillo qui alterum ex suis tutoribus post pubertatem liberauit.

DEcimò ex eodem Principio fit, vt si pupillus alterũ ex tutoribus post pubertatem liberauerit, improbè alterũ illius nomine conetur interpellare *l. si pupillus* 45. D. *eo. tit. de admin. & peric. tut.* Iam enim de præda magis quàm de damno sollicitus est minor, qui ab altero consequi velit eam ipsam quantitatem à qua alterum tutorem liberauerit, siue liberatio illa gratuitò facta sit, siue accepta pecunia, cùm perinde haberi debeat acsi consecutus esset eã quantitatẽ à qua alium liberauit. Nã neque pro ea quantitate posset suis actionibus cedere contutori contra quem in solidum ageret, ideóque cedendarum actionum exceptione repellendus esset *l. si minoris* 25. & *l. vlt.* D. *eo.* Nec obstat quod gratuita liberatio sit donatio, quæ proinde minori quamuis puberi interdicta videatur *arg. l. tutores* 39. *§. ab eo qui restitutionis* 13. *eod. tit.* Nam præter id, quod is qui donat sibi alium naturaliter obligat, in eóque videtur fieri locupletior si postea ἀντίδωρα acceperit, *l. sed & si lege* 25. § *consuluit* D. *de petit. hered.* nulla lex est quæ minorem prohibeat donare illi quem habuit tutorem dummodò post pubertatem donet, quamuis aduersus eam donationem in integrum restitui possit beneficio ætatis tanquam læsus *tot. tit. C. si aduers. donat.* Haud dubiè nãque lęditur quisquis donat hoc ipso, quod donat, cùm donare sit perdere *l. filiusfamilias* 7. *D. de don.* Neque repugnat quod scriptũ est in *d. §. ab eo*, in illis verbis *nec donatum, sed transactum videtur.* Non enim eorum verborũ sensus ille est, quasi minor nihil possit remittere ei qui tutor fuit, per speciem donationis, sed tantùm per speciem trãsactionis, cùm eo loco tractet Papinianus de remissione per eum facta qui neque pupillus, neque minor amplius sit, siquidẽ ponit talem eũ esse qui restitutionis auxilio iuuari amplius nõ possit, qua proculdubio iuuaretur minor perinde aduersus transactionem atque aduersus donationem *tot. tit. C. si aduers. transact.* Sed ita loquitur Papinianus respiciens ad legem Cinciam quæ supra certum modum donari prohibebat nõ etiam transigi *l. pen. §. 1. l. Aquilius* 27. *D. de donat.* & Papiniani sensus est, si ab eo qui restitutionis auxilio non iuuatur quæstio culpæ tutorum conuentione remissa sit, omnimodo & indistinctè valere remissionẽ, id est nõ adhibita distinctione illa Quantum ex ea remissione lucri & commodi tutor consequatur, quia tunc ei distinctioni locus est & de modo emolumenti quæritur, cùm de donatione agitur non etiam cùm de transactione: In proposito autem trãsactum potiùs quàm donatum videtur. Sequitur apud Paulum in *d. l. si pupillus Idémque dicemus in duobus magistratibus collegis, quorum alterum respublica conuenit*, vt nimirum pro huius portione alter postea improbè conueniatur. In quo obseruãdum est non sic loqui Paulum, vt exigat alterum ex magistratibus collegis fuisse liberatum, sed satis ei esse, vt alter ille fuerit à republica conuentus: quia in eo melioris condicionis sunt, Magistratus collegę, quàm contutores, quòd vnius conuentione alij liberãtur, sicut eueniebat olim quoties eiusdem pecuniæ plures erant correi debendi *l. vlt.* C. *de fideiuss.* Quod omnium optimè hic Pauli locus probat. Subiungit enim Paulus, *sed hæc in magistratibus tractaui, quasi duo rei eiusdem debiti essent omnimodo.* Ita significans apertissimè in duobus reis debendi hoc ius esse, vt conuento vno in solidum alius in solidum liberetur, sicut & è contrario agente vno ex pluribus

l. si pupillus 45. De admin. tutor.

l. si minoris 25. l. vl. eod. l. tutores 39. § ab eo qui restitutionis eod.

l. pen. §. 1. l. Aquilius 27. D. de don.

l. vlt. C. de fideiuss.

l. ex duobus 16. D. de duob. reis.

correis credendi, alij amplius solui non potest *l. ex duobus 16. D. de duob. reis.* Sed tamen monet Paulus non ita esse vt collegæ magistratus correorum iure censeri debeant. *Nam si vterque idoneus est*, inquit, *electio locum non habebit*, Supple quæ locum haberet si essent correi. Nam in correis sine dubio locum habebat electio temporibus Pauli, habuítque semper vsque ad tempora Iustiniani qui primus in *Nouell. 99. De reis promitt.* dedit iis beneficium diuisionis. Tutorum separata ratio est. Aliquando enim correis comparari possunt, quod attinet ad hanc electionem, aliquando non possunt: Si constet pro qua parte quisque administrauerit, pro ea sola parte conueniri debet, quandiu contutor soluendo est, qui pro alia parte administrauerit, si verò nullæ partes administrationis inueniantur, electioni locus est *l. si plures 38. eod. tit.* iunct. *l. 1. §. nunc tractemus* D. *de tutel. & ration. distr.* Itaque priore casu non habentur contutores pro correis, at potius pro confideiussoribus: posteriore verò pro correis habentur, Nisi hactenus quod non electione vnius quomodo in correis euenit, sed solutione demum ab vno ex tutoribus facta contutor alius liberatur. Quid ergo habent commune contutores cum collegis magistratibus? Hoc vnum, quòd liberato vno alius non nisi improbè ac perperam conueniri potest parte illius qui liberatus fuit, Cæterum aliter in contutoribus, Aliter in magistratibus collegis liberatio contingit. Faciliùs liberatur correus debendi itémq; magistratus collega, cùm alterius electione liberetur. Cõtutor difficiliùs, quia nisi per solutionẽ, aut naturalem, aut ciuilẽ & imaginariam qualis acceptilatio est, liberari non potest. Quod cùm ita sit nõ possum intelligere quid sibi Paulus velit in iis verbis quæ sequuntur in *d. l. si pupillus. Is autem qui tempore liberatus est, non ei similis est, qui nihil habet, sed ei potiùs qui satisfecit. Habet enim quod obiiciat petitori.* Quid enim hoc cõmune habet cum præcedentibus in quibus tractatur de contutore quem non tempus, sed pupillus ipse liberauerit? Deinde quis nescit tempus non esse modum inducẽdæ liberationis, cùm non sit modus tollendæ obligationis? *l. obligationum ferè 44. §. placet* D. *de oblig. & act.* Vtiq; enim semel nata obligatione, fieri nequit vt inducatur liberatio quin tota obligatio tollatur, siquidem liberatio nihil aliud est quàm obligationis peremptio & extinctio. Postremò si verũ est vt est, actiones de quibus eo loco tractat Paulus, id est quæ & pupillis dantur aduersus tutores, & reipublicæ cõtra suos magistratus, ciuiles esse (illa enim est ex lege 12. tab. hęc verò ex senatusconsulto de quo in *l. 2. D. de magistr. conuen.* & cõsequenter perpetuas, pręsertim quòd rei quoque persecutionẽ cõtineant, cuius modi quæ sunt etiãsi honorariæ sint & ex prætoris iurisdictione descẽdentes, perpetuæ tamẽ sunt *l. in honorariis 35. D. de oblig. & act.* quomodo fieri obsecro potest vt tutor aut magistratus tempore liberetur? Primus siquidẽ Anastasius fuit qui induxit, vt actiones triginta annorũ pręscriptione tollantur in *l. sicut 3. C. de præsc. 30. vel 40. annor.* Sed & cùm quis expressim cõuenit, vt non nisi ad certũ vsq; tẽpus teneatur, quo casu post elapsum tempus adiuuatur exceptione pacti ad submouendam actionem *d. §. placet*, licèt nulla talis pactio possit incidere in actionem tutelæ aut eam quæ contra magistratũ datur, quia priuatorum pactionibus iuri publico derogari non potest. Non ideò tamen potest dici tẽpore liberatus is, qui nõ nisi pacti exceptione tutus est. Qui enim liberatus est is cõueniri postea nequit *l. minor 32. D. de min.* qui verò exceptionẽ dũtaxat habet, non solùm conueniri adhuc potest, sed etiam debet, vt exceptioni locus

l. si plures 38. D. de admin. tut. l. 1. §. nunc tractemus De tute. & rat. distr.

d. l. si pupillus.

l. obligationum ferè 44. §. placet de oblig. & action.

l. in honorariis 35. D. de oblig. & act.

l. minor 32. D. de min.

locus esse possit, Ob idque nec nisi valdè impropriè cōparari potest ei qui satisfecit, quādoquidē is qui satisfecit ipso iure liberatus est, quocūque tandē modo satisfecerit, quia satisfactio pro solutione est *l. satisfactio 52. D. de solut. l. si rē 9. §. omnis* D. *de pignor. act.* Me ista omnia cogunt fateri corruptum esse hunc Pauli locum, & ita restituendum vt legamus *Is autem qui eo tempore liberatus est*, Eo, inquam, tempore, id est post pubertatem. Nam & de illo nominatim loquitur Paulus in principio legis qui liberatus fuit à pupillo post pubertatem: Nempe quoniam liberatio tutori à pupillo facta ante pubertatem non valeret, quandoquidem necesse esset factam eam esse vel sine tutoris autoritate, vel eo ipso tutore autore, qui fuisset liberatus, Vtrouis modo nullius momenti esset liberatio, quia neque pupillus sine tutoris autoritate agere quicquam potest, neque tutor autoritatem in rem suam pupillo præstare *l. 1. 2. l. pupillus 5. l. obligari* 9. D. *de autor. tutor.* Nisi poneres fortasse præstitam autoritatem ab altero tutore ad contutorem liberandum. Sed de hoc casu Paulum intelligi non posse apparet ex eo, quod non imprebè pupillus contutorem istum qui autoritatem præstitisset, conueniret alterius quoque contutoris nomine, quem non tam pupillus quàm hic ipse tutor autoritatem præstando liberasse videretur: Neque rursus huic casui conuenirent verba illa Pauli *post pubertatem*. Necessariò igitur debet intelligi de liberatione quam pupillus ipse fecerit post pubertatem, non accipiendo solutionem, sed per acceptilationem. Sed illa rursus hic incurrit hæsitatio, quòd si dicamus intelligendum esse Paulum de eo qui sit liberatus ipso iure, quíque ideo nullam habeat exceptionem, non videbuntur commodè explicari posse verba illa *Habet enim quod obiiciat petitori.* Quid enim est quod actori possit reus obiicere præter exceptionem? Verùm facilis responsio est, non ita Paulum scribere, vt dicat habere hunc tutorem, quod obiiciat actori, sed quod obiiciat petitori, Quo nomine significat pupillum petentem extra iudicium, & agere instituentem necdum agentem. Agere namque sine actione nemo potest *l. si pupilli 6. §. vltim. De negot. gest.* neque rursus quisquam habere actionem contra eum qui iam sit ipso iure liberatus. At petere extra iudicium potest etiam is cui nihil omnino debeatur, & cui tamen cùm agere volet, actionem denegaturus sit prætor. Habet igitur quod petēti pupillo obiiciat tutor qui ipso iure liberatus est, cùm possit ei obiicere se liberatum esse: nec quærendum est an exceptionem aliquam obiicere possit, cùm nequeat conueniri, neque actor vllus sit, qui exceptione possit aut debeat summoueri. In quo sanè nos errauimus libris Coniectur. vbi hanc Pauli sententiam sub Papiniani nomine sic accepimus, quasi esset de tutore liberato tempore, & per exceptionem duntaxat, Secuti nimirum vulgatam lectionem quæ nos in hunc vsque diem fefellit, Potest etiam meóque iudicio lōgè probabilior alia interpretatio adferri horum verborum *eo tempore*, vt scilicet referantur ad proximius, id est ad tempus electionis factæ per pupillum agentem in solidum aduersus contutorem minimè liberatū: Eodem sensu acsi scriptum esset apertiùs, *Is autem ex tutoribus qui liberatus inuenitur eo tempore quo pupillus eligit alium contutorem, non est similis ei qui nihil habet, sed ei potius qui satisfecit.* Sic enim loqui Paulum oportuit, quoniam cùm de diuisionis beneficio siue inter tutores, siue inter fideiussores, siue inter magistratus collegas inducendo loquimur, non aliud tempus inspiciendum est quàm quo agitur vt sciatur an sint idonei & soluendo, nec enim diuidi potest actio inter alios, quā

Paulus emendatus.

Alia Pauli interpretatio.

l. inter eos 51. §. 1. D. de fideiuss.

qui contestationis tempore soluendo reperiuntur *l. inter eos. 51. §. 1. D. de fideiuss.* Optima verò est Pauli ratiocinatio, qua probat contutorem, qui liberatus non fuit, in solidum conueniri non posse, Nempe quia contutor qui liberatus inuenitur eo tempore, quo actio in solidum instituitur aduersus alium tutorē, non est æquiparandus ei qui nihil habet, quíque non sit idoneus, sed ei potiùs qui satisfecit. Nam si esset æquiparandus ei qui nihil habet, non impediret facta ei liberatio quominùs contutor ipsius in solidum conueniendus esset, Vt euenit quoties ex pluribus contutoribus alter reperitur non soluendo. At quoniam æquiparandus est ei qui satisfecit, cùm nihil amplius ab eo peti possit, non magis quàm si iam satisfecisset, prorsus consequens est vt ea liberatio nō debeat adimere contutori beneficium diuisionis quod haberet si in solidum conueniretur, & partim ex persona contutoris, qui soluendo esset, tametsi nihildum soluisset: Prodesse enim potiùs quàm nocere debet, quod contutor liberatus fuerit, quia plus est haberi quem pro eo qui iam soluerit, quàm haberi pro idoneo, quod ipsum tamen sufficeret ad exceptionem diuisionis contutori accommodandam. Atque ita Paulum & legendum & intelligendum esse arbitramur, Nisi quod suspicamur nec fortassis temerè aliud subesse mendum in illis verbis, *Idémque dicemus in duobus magistratibus collegis quorum alterum respublica conuenit* & pro *respublica* legendum potiùs esse *pupillus* aut si durius non videatur *expupillus*, quo nomine significatur pupillus qui factus sit pubes. Est enim sanè conuenientius tractare Paulum de magistratibus collegis, qui tutorem pupillo dederint, ac proinde qui pupillo non reipublicæ fuerint obligati, & consequenter quorum alterum pupillus conuenerit, non respublica, Vt & in *l. in magistratus 7. D. de magistr. conuen. l. 3. C. eod.* Alioqui dicendum esset mutari omnino speciem à Paulo, nec quicquam simile habere secundam speciem cum prima, si prima sit de pupillo, secunda de republica, prima de contutoribus, secunda de magistratibus collegis, Prima de vno ex contutoribus liberato, expressa pupilli conuentione, Secunda de magistratu in solidum conuento. Sunt enim ista prorsus contraria, Conueniri quem, & liberari, Nec enim ob id solùm quis vnquam liberatur, quòd conuenitur, cùm idcirco conueniatur vt tantò citiùs condemnetur. Diximus quidem in præcedentibus quod & verum est, Conuento per rempublicam vno ex magistratibus alium liberari, Sed nihil ex eo apud Paulum inferre potes, nisi addas alium collegam postmodùm in solidum conueniri: Atque ita ponendum erit vtrumque magistratum, in solidum fuisse conuentum, quod tamen Paulus non ponit, sed alterum duntaxat, illis verbis *quorum alterum respublica conuenit.* At benè quadrabit similitudo, optiméque conuenient omnia si ponas Paulum in posteriore quoque specie personam pupilli retinere, ac de eo pupillo tractare, qui vno ex magistratibus collegis liberato, alterum posteà voluerit in solidum conuenire. Hîc enim eadem ratio locum habet, quæ in prima specie de contutoribus, quod improbè faciat pupillus qui magistratum alterum velit interpellare in solidum, hoc est etiam pro portione illius, quem idem ipse pupillus iam liberauerit post pubertatē. Ita etiam fiet vt quod post vtramque speciem propositam subiungit Paulus *is autem qui eo tempore liberatus est*, non minùs posteriori speciei conueniat, quàm priori, nec minùs aptari possit ei ex magistratibus collegis quàm ei ex contutoribus qui electionis & institutæ actionis tempore liberatus inuenitur. Et verò nemo est qui non videat iis verbis *is autem*

Aliud mendum apud Paulum.

l. in magistratus 7. D. de magist. conuen. l. 3. C. eod.

cum

eum significari de quo proximiùs actũ fuerat,potiùs quàm cũ solũ,de quo remotiùs,Ergo magistratum collegam potiùs quàm contutorem,si de alterutro tantùm Paulus sensit,etsi melius est vt ad vtrumque is versiculus pertineat cũ ratio iuris non refragetur.Porrò si tam de magistratu collega quàm de contutore Paulum sensisse admittimus,quod omnimodo admittendum est,eodem quoque sensu intelligere debemus vtrumque liberatum fuisse,Ergo à pupillo non à republica,& per acceptilationem non per actionem in solidum aduersus alterum institutam,Nam nec facilè aliquem Resp.liberare potest, cùm omnes municipes vni consentire non possint *l.1.§.vlt.De acq.poss.*nec rursus dolo quicquam facere *l.sed & ex dolo* 15.§.1.D.*de dolo*.Et tamen de doli exceptione Paulus sentit cùm ait improbè vnum conueniri ex persona alterius qui fuerit liberatus. Facilè autem potuit nasci error ex litera *p* inuersa & mutata in *b* cùm tribus literis addito puncto scriptum esset *pup.* pro *pupillus,* Nisi putes expeditius quod & probabilius certè est,vt legamus *pubes,*qua dictione significatur is qui pupillus & fuit & esse desiit. Estque hic error minùs intolerabilis,quàm qui irrepsit in *l.vlt.*D.*de in integr.restit.*vbi pro *rempublicam* legendũ esse *rem iudicatam* & Antonius Goueanus primus obseruauit & Cuiacius laudauit, & iam docti omnes consentiunt. Quo exemplo ausim dicere erratum etiam esse in *§.vlt.l.1 D. de magistr. conuen.* & ibi pro *rempublicam* legendum esse *rem pupilli* vt in sequentibus comprobabimus. illat. 45. Erit verò secundum hanc nostram emendationem eadem sententia Pauli in *d.l.si pupillus* quæ Celsi in *d.l.magistratus* 7.D.*de magistr.conuen.& d.l.*3.C.*eod.*Vt nimirum quoties pupillo danda est actio in magistratus qui tutores dederunt,non sit optio eius qui pupillus fuit cum quo potissimùm agat, sed pro virili duntaxat cuiusque portione in singulos actio danda sit,si tantùm culpa non etiam dolo malo ipsorum id factum sit,& illud prætereà concurrat vt eo tempore quo agitur omnes idonei reperiantur.Hoc enim addendum est ad plenam interpretationem *d.l.in magistratus ex Paulo in d.l.si pupillus,* Sicut è conuerso quod Paulus eo loco scribit non esse pupilli electionem vtrum ex magistratibus conuenire velit si omnes sint idonei,distinctionem & exceptionem recipit ex Celso in *d.l.in magistratus,*Nisi dolo malo magistratuum factum sit vt minùs idoneè pupillo cautum esset. Aequitatem enim diuisionis quæ magistratibus exemplo tutorum & fideiussorum accommodatur odium doli excludit *arg. l.si plures* 38.*eod.l.penult.in fin.D.ad SC.Trebell.* Itaque sicuti contutores aliquando sunt correi debendi,aliquando non sunt,ita & magistratus, sed alio atque alio sensu,& aliis atque aliis casibus.Contutores correi debendi sunt duobus casibus,Vnus est,si omnes administrauerint,nec tamen administrationis partes vllæ reperiantur propter connexam omnium administrationem *d.l.si plures,*Alius est si doli mali nomine conueniantur.At magistratus numquam correorum iure censentur,nisi vno illo casu,quo pupilli vtilitatem offenderint dolo malo.Quod cùm dico,de magistratibus idoneis intelligo, sicut & de idoneis tutoribus. Etenim quo casu alter ex tutoribus aut magistratibus idoneus non est perinde conuenitur in solidum alius qui idoneus est,acsi esset correus debẽdi,quamuis ea res non faciat ipsum correum:Nam omnes quidem illi qui correi sunt debendi conueniri in solidum possunt,sed non omnes qui in solidum conueniri possunt correi sunt debendi. Alioqui etiam confideiussores omnes correi essent eo casu quo alter ipsorum idoneus non esset, quod falsum est.

l.vlt. D. de in integr.restit.

l.1 §.vlt.D. de magistr. conuen.

l pen. in fin. ad SC.Trebell.

l.si plures 38. *D. de adm. tut.*

d.l. si pupillus 45. D. de admin. tut.

Igitur quod Paulus scribit in *d. l. si pupillus, Idémque dicemus in duobus magistratibus collegis, quorum alterum pubes conuenit*, ita erit accipiendum acsi addidisset quod plenioris explicationis gratia necessariò supplendum est *postquàm alterum magistratum pubes iam factus liberauit*, vt posterior hæc species aptetur priori, Et verbum *conuenit* in præsenti tempore sumendum est, non in præterito, Vt & in illis sequentibus *is autem qui eo tempore liberatus est* verbum *est* non in præteriti temporis sensu accipi debet pro *fuit*, sed in præsenti pro *inuenitur*, quæ obseruatio sola potest sufficere vt appareat non modò probabilem, sed etiam necessariam esse nostram & interpretationem & emendationem. Nam quod Paulus interserit *sed hæc in magistratibus tractaui, quasi duo rei eiusdem debiti essent omnimodo, quod non ita est, Nam si vterque idoneus est electio locum non habet* optimè quadrat præcedentibus eo quo diximus modo intellectis. Hoc videlicet sensu quasi Paulus diceret non videri bonam quæ ab eo facta est tutorum & magistratuum comparationem: non enim quemadmodum contutores correi debendi sunt ob communem administrationem si administrationis partes non inueniantur, Ita & magistratus collegæ similiter correi debendi dici possunt si nihil dolo ipsorum malo factum probetur. Et tamen videbatur Paulus præsupposuisse quod sint illi correi debendi, quoniam in iis qui non sunt correi debendi, quique partes tantùm debẽt frustra est quærere, An possit vnus ex alterius persona & pro alterius parte conueniri, nec quicquam interesse videtur eius qui conuenitur, an collega liberatus sit, néne, cùm ab initio partes debiti habuerint separatas. Toties ergo locum habere poterit hęc contutorum & magistratuũ comparatio, quoties magistratus collegæ cẽseri poterunt iure correorum debendi, quod eueniet si vel alteruter non sit idoneus, vel vterque sit in dolo, Quibus duobus casibus diximus electionem esse pupilli quem ex ipsis in solidum conuenire velit. Nam & quod in contutoribus Paulus scribit non indistinctè verum est, quasi sint etiam illi correi debendi omnimodo & indistinctè, sed restringendum est ad eos casus quibus supra diximus ita ius esse vt pupillus habeat optionem contra quẽ ex tutoribus agere malit, Id est si vel omnes simul administrauerint ita vt administrationis partes non reperiantur, vel omnes in dolo sint, vel alter eorum sit non idoneus. Nam extra hos casus cùm habeant contutores quoque beneficium diuisionis *l. 1. §. nunc tractemus D. de tut. & rat. distr.* nihil prorsus interest contutoris an contutor sit liberatus néne, quia etiamsi liberatus non esset, non eo magis contutor ex ipsius persona & pro ipsius parte conueniri posset.

l. 1. §. nunc tractemus de tut. & rat. distr.

ILLATIO XII.

De magistratibus conueniendis quorum dolo vel culpa minùs idoneè cautum est pupillo.

VNdecimò ex eodem Principio fit, consequenter proximæ illationi, vt si vel dolo vel culpa magistratuum (quando iam de magistratibus conueniendis dicere cœpimus) non sit idoneè cautum pupillo, quia vel nulli prorsus vel minùs idonei fideiussores accepti sint qui cauerint Rem pupilli saluam fore subsidiaria in ipsos magistratus actio comparata sit eiusdem effectus & potestatis cuius illa ipsa est quæ datur in tutores *l. 1. & vlt. & pass. D. de magistr. conuen.* Ne scilicet alioqui moretur in damno pupillus cui prospicere magistratus

l. 1. vlt. & tot. tit. De magistr. conuen.

stratus debuit, cùm ipse sibi prospicere per ætatem non posset. Quare nec recta datur hæc actio pupillo contra magistratum sed in subsidium duntaxat *d. l.1.in princip.* id est ita demum si alia actio nulla sit per quam pupillus indemnitatem consequi suam possit. Quandiu enim vel vnus ex tutoribus aut ex eorum fideiussoribus idoneus est ad magistratus qui eos dederunt veniri non potest *l.1.§.vsque adeo* D.*de tutel.& rat.distr.* vbi tamen Vlpianus monet hoc ita accipiendum esse si non contutor ob hoc conueniatur, quod suspectum contutorem facere vel satis ab eo exigere noluit, quia prior culpa est magistratuum qui tutores dando non curauerunt idoneè caueri pupillo, quàm contutorum quibus nulla post susceptam tutelam huius rei satagendæ cura incumberet, si magistratus officio suo bene functi fuissent. Idque nos suo loco suprà explicauimus. Cætera quæ pertinent ad illum *tit.De magistr.conuen.* in illationem 45. & sequentes, differemus.

d. l. 1.in pr.

l.1.§. vsque adeò D. de tut.& rat. distr.

ILLATIO XII.

De adulto, qui debitorem suum procuratorem fecit, an idcirco curatorem suum liberauerit.

DVodecimò ex eodem Principio fit, quod scriptum est in *l. Lucius 46. in pr.D.de adm.& peric.tut.* Lucius Titius curator Seij tempore curæ fundũ Cornelianum locauerat Sempronio, qui Sempronius reliqua traxerat, id est ex causa conductionis debitor manserat, neque soluerat. Pupillus ætate probata, id est cùm se aut ex aspectu, aut qua alia ratione probasset maiorem annis vigintiquinque vt appareret eum nullo amplius curatore indigere ad procuratorem constituendum *l.neque tutores 11.C.de procurat.* eundem quondam colonum suum Sempronium fecerat procuratorem, Quærebatur, an ex eo, quod Sempronius vt procurator egerat omne debitum adolescens agnouisse videretur, eóque nomine curatorem suum liberasse, quem alioquin habebat obligatum actione curæ vt id præstaret quod à Sempronio exigere adolescens non posset, si fortè is idoneus non esset, Quomodo ponendũ est idoneũ nõ esse, vt quæstioni locus esse possit. Paulus respondit, Non ex eo quod adultus eũ qui prædia eius coluit procuratorem habere voluit, debitum quod procurator ex conductione reliquatus est agnouisse eum videri. Nempe quia maneret in damno si quod sibi deberetur consequi non posset, neque à Sempronio qui non esset soluendo, neque à curatore quem Sempronij nomen agnoscendo liberasset. Numquam autem ea siue facti siue iuris interpretatio capiẽda est per quam fiat vt pupillus vel adultus in damno moretur, quoties alia interpretatio vtilior, & benignior capi potest. In proposito autem etsi adultus constituendo procuratorem hunc ipsum quem curator elegerat in colonum, ipsius fidem secutus esse videbatur, eúmque pro idoneo agnouisse (quotusquisque enim est qui rerum suarum procurationem velit ei credere quem minùs idoneum esse putet?) quæ apud Paulum dubitandi ratio erat, Quid tamen commune habet procuratio cum conductione? quid, quod debetur iam ex causa conductionis initæ cum locatore, cum eo quod ex causa procurationis debebitur? Quinimò fieri facilè potest vt adultus procuratorem hunc constituerit tanquam idoneũ quòd sciret habere se curatorem obligatum de omni eo quod conductionis titulo debebatur, qui si Sempronium ipsum eo quoque nomine conuenire voluisset, minùs idoneum fortasse fuerat existimaturus. Facilius enim est vt quis vni debito dissoluendo idoneus sit, quàm vt duobus.

l.Lucius 46. in princ. D. de adm. & peric. tutor.

Ratio dubitandi apud Paulum.

ILLATIO XIII.

De pluribus curatoribus quibus indiuiduum curæ officium magistratus iniunxerant.

d. l. Lucius 46.§.1.

DEcimotertiò ex eodem Principio fit, quod idem Paulus tractat in *d.l. Lucius* 46.§.1. Sempronius ex pollicitatione debitor patriæ suæ extiterat (potest enim quis etiam ex nuda pollicitatione vtiliter obligari, dũ reipublicæ facta sit pollicitatio *l.1.& tot.tit. De pollicit.*) Ei filius heres extiterat, sed tamẽ abstinuerat bonis eius ex beneficio edicti de quo in *l.impuberibus* 12.*& seq.l.necessarijs* 57.*D.de acq.her.* ideóque respublica iussu præsidis bona possederat tanquam creditrix, Ex illa parte edicti *Quib.ex caus.in poss.eat.&* De *reb.aut.iud.possid.* Eorum bonorum tres curatores constituerunt magistratus reipublicæ, qui curatores apud Græcos ἐπιμελῆται vocantur, Isti postea inter se sine consensu reipublicæ & magistratuum administrationem bonorum Sempronij diuiserunt, Ex quibus quidam cùm reliqua traherent idonei in ipso tempore administrationis esse desierunt: Postea pupillus heres Sempronij quem abstentũ posuimus, impetrauerat à Principe vt bona paterna ei restituerentur, Nec enim iure ordinario potuisset id à prætore impetrare per in integrum restitutionem, rebus ampliùs non integris, & iure iam reipublicæ quæsito, *l. quòd si minor* 24.*§.Scæuola* D.*de minor.l.vlt.C.de repud.vel abstin.hered.* Quærebatur à Paulo, An ex bonis eorum qui idonei essent, indemnitati pupilli consuli oporteret, cùm illis indiuiduum curæ officium à magistratibus iniunctũ esset. Respondit, si pupillo in curatores bonorum actiones decerni placuerit Principi (alioqui enim si non id specialiter impetratum sit, concessum non videtur, quandoquidem pro republica non pro pupillo constituti erant curatores à magistratibus, & vt reipublicæ non vt pupillo rationes redderent, neque restitutioni in integrum simile est hoc beneficium Principis ad omnia in statum pristinum reponenda) pro eius tamen portione qui idoneus non esset, non alios concuratores qui essent idonei conueniendos esse, sed magistratus ipsos qui constituerunt. Cur verò ipsos magistratus? Nec enim videtur quicquã iis posse imputari cùm indiuiduum curæ officium curatoribus omnibus iniunxissent, Nimirum solo fauore pupilli ne quid ei absit ex bonis patris quæ sibi restitui impetrauit ab Imperatore. Nã extra hunc casum nec magistratus ipsos teneri constat apertissimè ex *l.cùm alicui* 26.*D.de negot.gest.* in cuius non dissimili specie respõdet Modestinus, Quod ab vno ex curatoribus & actoribus ob ea quæ solus gessit, negotiorum gestorum actione seruari nõ potest, ad damnum eius cui legitima hereditas quæsita erat pertinere. Quamquam vt liberè dicã quod sentio, non possum videre quis hac in re fauor pupilli esse debeat redeuntis ad bona paterna non iure communi, non beneficio edicti prætorij, non auxilio restitutionis in integrum, sed ex priuilegio, & speciali concessione imperatoris à quo tamen nihil impetratum sit, quod ad hoc vt eius nomine qui idoneus non sit alius quisquam conueniatur. Nam si speciali cõcessione opus fuit, vt aliquam aduersus curatores actionem pupillus habere posset, quem diximus sensum esse illorum verborum *si pupillo in curatores bonorum actiones decerni placuerit*, quantò magis opus fuit, vt ex persona vnius non idonei cæteri curatores idonei conuenirentur? Quanto etiam magis vt magistratus ipsi qui eos dedissent pro non idoneis tenerentur? Nam etsi pupillo huic suprà modum ac

l.cùm alicui 26.D.de negot.gest.

præter

præter id quod bonum & æquũ est fauere vellemus,æquius tamen esset actionem ei dari pro non idoneo in idoneos concuratores quibus imputari potest cur indiuiduum curæ officium sibi à magistratibus demandatum vltrò inter se diuiserint sine reipublicæ voluntate,& magistratuum autoritate,quam contra magistratus ipsos,quibus planè nihil potest imputari cùm non diuiserint ipsi administrationem inter contutores,sed è contrario indiuiduum curæ officium ipsis iniunxerint. Accedit quod eo tempore quo curatores cõstituti sunt à magistratibus,neque cogitabant magistratus,neque cogitare poterant de pupillo,qui tùm abstentus proponebatur, quémque non poterant diuinare impetraturum aliquando à Principe,vt bona sibi paterna restituerentur. Cur ergo iis nocere debeat fauor pupilli cum quo neque contraxerunt, neque quasi contraxerunt *arg.l.3.D. quib.ex cauſ.in poſſ. eat.* Nam & perpetuum illud est vt numquam pupillus extra ordinem iuuandus sit si nouum beneficium cum alterius iniuria postuletur *l.sed cùm ab herede* 12.*D.ad SC.Trebell.* Denique si Senatusconsulto fuit opus vt ex persona tutoris non idonei magistratus qui tutorem dedisset pupillo in subsidium teneretur *l.2.D.de magistr.conuen.* quonā obsecro iure aut iuris colore induci potest vt dicamus in ea specie quam Paulus tractat, obligatos esse magistratus non in subsidium, sed principaliter & primo loco? Nullum siquidem de ea re factum est Senatusconsultum,nihil ab imperatore decretum,nihil à prudentibus per interpretationem aut extensionem Senatusconsulti constitutum. Quinimò ipsa ratio quam Paulus subiicit pro magistratibus,non minùs quàm pro concuratoribus facit, cùm ait *Alia enim cauſa est tutorum, Alia eorum qui reipublicæ negotia administrant.* Quid enim hoc aliud est quàm dicere,Non quemadmodum datis pluribus tutoribus si quidam ex eis non idonei sint tempore finitæ tutelæ, cæteri qui idonei sunt conueniuntur,adeóque magistratus ipsi in subsidium,qui eos dederunt, Ita & pluribus constitutis curatoribus reipublicæ quorum aliqui facti sint non soluẽdo onerandos esse concuratores aut magistratus qui eos constituerunt. Nullā enim hac de re legem,nullam constitutionem,nullum Senatusconsultum extare. Atqui durior esset condicio magistratuum, qui curatores reipublicæ nomine constituissent,quàm eorum qui pupillo tutores dedissent si in Pauli specie actio aliqua contra magistratus danda esset. Daretur enim directò & sine exceptione contra magistratus qui curatores reipublicæ nomine constituissent,quæ tamen non daretur contra magistratus, qui tutores dedissent nisi in subsidium, & ita demum si nemo ex tutoribus aut eorum fideiussoribus soluendo esset. Non igitur ea Pauli sententia esse potest vt in proposita specie danda sit actio pupillo contra magistratus qui curatores constituerant reipublicæ nomine, Nisi fortè quis putet Paulum cùm scribit aliam rationem esse tutorum, aliam curatorum qui reipublicæ negotia administrant, hoc ipsum velle, Duriorem esse causam magistratuum qui curatores reipublicæ nomine constituerunt, quàm eorum qui pupillo tutores dederunt. Sed præter id quod non est hoc probabile, cùm fauor pupilli extorserit Senatusconsultum illud contra magistratus factum qui tutores dederint, nullum autem tale Senatusconsultum sit contra magistratus qui curatores ad reipublicæ negotia administranda constituerunt: Illud etiam apertū est si ita Paulus sensisset, aliter eum debuisse sententiam suam exprimere, Ita nimirum vt diceret, Aliam causam esse magistratuum qui tutores

l.3.D. quib. ex cauſ. in poſſ.eat.
l.sed cùm ab herede 11. *D.ad SC. Trebell.*
l.2.D.de magiſt.conuen.

pupillo dederunt, Aliam magiſtratuum qui curatores reipublicæ nomine conſtituerunt. At non ſic loquitur Paulus, imò nec vllum de magiſtratibus verbū facit, ſed tantùm aut aliam eſſe rationem tutorum, aliam eorum, qui reipublicæ negotia adminiſtrant. Hoc vnum igitur proculdubio ſenſit, Non præſtare mutuum periculum curatores iſtos vt qui ſunt idonei condemnandi ſint ex perſona eius qui ſoluendo non eſt, quomodo in tutoribus contingeret. Quod ſi ita eſt illud ſanè fateri nos oportet, mendoſum eſſe hoc Pauli reſponſum, & addita negatione ſic emēdandum vt legamus *nec magiſtratus conueniri oportere*. Dices, etiam ſecundum hanc emendationem futurum vt idem abſurdū ſequatur, quod ſequeretur retenta vulgari lectione, Nempe vt Paulus ad propoſitam quæſtionem non reſpondeat accommodatè. Non enim conſultus erat de magiſtratibus, quos vtique certum erat non teneri cùm neque dolo malo, neque culpa quicquam feciſſent, ſed indiuiduum curæ officium curatoribus omnibus iniunxiſſent, nec diuiſioni inter eos poſtea ſecutæ autoritatē præſtitiſſent, At de concuratoribus an ex perſona eius qui non idoneus erat, conueniri poſſent. De concuratoribus ergo reſpondere debuerat non de magiſtratibus. Et hoc fortaſſe eſt quod imperitum aliquem ſiue librarium ſiue interpretem fefellit, vt hanc negationem ſuſtulerit, Præſertim quòd putaret non eſſe perfectam orationem præcedentem ſi per coniunctionem iſtam negatiuam *nec* interrumperetur. Ego verò reſpondeo inconcinnam ſanè fore reſponſionem & extra propoſitum ſi affirmatiuè legatur, ſed non æquè ſi negatiuè. Nam cùm Paulus ita ſcribit *nec magiſtratus conueniri oportere*, perinde eſt acſi pluribus verbis ſcriberet non ſolū curatores nō teneri ex perſona eius qui nō eſt idoneus, ſed neque magiſtratus, ac proinde quamuis de magiſtratibus nihil petitum fuiſſet, hoc ipſo tamen quod de magiſtratibus reſpondet Paulus per dictionem *nec* quæ hìc eſt implicatiua, reſpondet etiam ad propoſitam quæſtionem, Idque ſubtiliter & eleganter, ne quis ſcrupulus ſupereſſet. Si enim nihil aliud Paulus reſpondiſſet niſi ad id quod petebatur de curatoribus, Conueniri ſcilicet eos non poſſe ex perſona minùs idonei concuratoris, illa ſuperfuiſſet adhuc dubitatio, An igitur magiſtratus ipſos qui curatores dediſſent eo nomine conueniri oporteret. Nam & in magiſtratibus qui tutores dederunt ſic plerumque euenit vt ex perſona vnius ex tutoribus qui ſoluendo non ſit teneantur ante cæteros contutores idoneos, Nimirū ſi pupillus nullā aliā cauſam habeat conueniendi cæteros cōtutores idoneos, quàm quòd ſuſpectū facere contutorē aut ſatis ab eo exigere noluerint *d.l.1.§.vſque adeò D.de tut & rat.diſtr.* Ex eóque tantò magis apparet non poſſe cum vulgata lectione conſentire rationem illam Pauli *Aliam eſſe rationem tutorum, Aliam eorum qui reipublicæ negotia adminiſtrant*, nec ſi tam impropriè accipiatur, acſi Paulus ſcripſiſſet aliam eſſe rationem magiſtratuum, qui tutores dederint, aliam eorum qui reipublicæ nomine conſtituerint curatores. Nam de magiſtratibus qui tutores dederunt illud ipſū plerumque dici poteſt, quod vulgata lectio dicit de magiſtratibus qui ad negotia reipublicæ adminiſtranda curatores conſtituerunt, conueniri eos oportere pro parte illius qui idoneus non ſit, etiamſi alij contutores idonei proponantur. Vt ergo accommodata ſit ratio ad id quod reſponſū eſt, ſic Paulū ſcripſiſſe neceſſe eſt vt nec magiſtratus ipſos conueniri oporteat, ac proinde nec concuratores. Tunc enim optimè conueniet ratio illa quæ ſequitur, quòd alia ſit ratio tutorum, alia curatorum reipublicæ, ſiue de tutoribus & curatoribus ipſis

Emendatus Paulus in d.l. Lucius 46.§.1.

l.1.§. vſque adeò D. de tut. & rat. diſtr.

vt par

vt par est intelligatur, siue de magistratibus qui tutores, aut curatores dederũt, quia quotiescumque tutores dati sunt, ex quibus aliquis tempore tutelæ finitæ non idoneus reperiatur, nullus omnino casus est in quo verum sit, neque contutores, neque magistratus conueniri oportere, cùm pupillus omnimodo indemnis præstandus sit, vel à contutoribus, vel à magistratibus. Et verò quid attinebat eam condicionem adscribi à Paulo *si pupillo in curatores bonorum actiones decerni placuerit*, vt inferretur magistratus conueniri oportere? Quomodo enim hoc ex illo sequitur? Quin potiùs è contrario inferendum erat, magistratus conueniri non oportere, quippe in quos nullam actionem pupillo Imperator dedisset quam tamen non minùs necesse erat dari quàm in curatores bonorum, vt pupillus contra eos agere posset. Nam quemadmodum curatores ideò non tenerentur pupillo si nihil de actione in eos danda Imperator decreuisset, quia non tanquam pupilli, sed tãquã rei publicæ negotia administrassent, ita neque possunt pupillo teneri magistratus qui curatores istos constituerunt, non vt pupilli, sed vt reipublicæ bona administrarent, Et quamuis aliqua eorum culpa interuenisset, non alij tamen quàm reipublicæ actio in eos competere posset, quam proinde ab ipsa republica pupillo cedi oporteret vt ea experiri pupillus posset. Quod si nec in curatores ipsos qui administrarunt vllam actionem pupillus habere posset, si neque facta ei cessio à republica, neque de ea re quicquam ab imperatore decretum esset, quis ferat agere illum contra magistratus ipsos citra cessionem, & citra decretum? Difficilius enim esse, vt contra magistratus ipsos agat pupillus quàm cõtra curatores ipsos ex eo intelligimus, quòd si pupillo ipsi tutores dati essent, aut curatores constituti ad bona pupilli administranda, haberet pupillus directam in eos actionẽ sine decreto vllo imperatoris, & sine vlla cessione: quis enim alius haberet, vt posset cedere? at in magistratus ipsos non haberet nisi specialiter data ei esset per senatusconsultum de quo in *d.l.2.D.de magistr.conuen.* Multò minùs ergo in proposita specie danda est actio pupillo cõtra magistratus, qui ne quidẽ contra curatores ipsos vllam haberet si nõ ei daretur ex decreto imperatoris, Porrò decretum quod actionem istam extraordinariam inuita iuris ratione cõtra curatores ei dedit, nemo dixerit ita posse, aut debere accipi, vt det etiam actionem contra magistratus de quibus nihil in decreto expressum fuit, & cõtra quos vt actio aliqua dari deberet longè minor ratio suadebat: Nam curatorum qui administrationis suæ rationẽ vtique alicui reddere deberẽt, parũ interesse videbatur, an reipublicæ an pupillo redderent, dum ne quid ex persona non idonei concuratoris præstarent, ideóque nulla iis fit iniuria si pupillo aliqua in eos actio decernatur. At magistratuum valde interest, nec sine magna ipsorum iniuria fieri potest, vt pupillo teneantur, qui alioqui nullomodo tenerentur, id est ne reipublicæ quidem *d.l.cùm alicui 26.D.de negot.gest.* in cuius specie si magistratus qui curatores constituerunt, reipublicæ tenerentur, sanè periculum inopis defuncti ad legitimum heredem non pertineret, cuius indemnitati cõsultum esse posset per actionis cessionem ei faciendam à republica in ipsos magistratus. Quidni enim hactenus obligata esset respublica, vt actionem illam quam in magistratus haberet, legitimo heredi præstaret ad quem tota hereditas pertineret? *arg.l.in creditore 38.D.de euict.* Et verò non quemadmodum in tutoribus dandis magistratuum officio incũbit vt non solùm idoneos tutores dent, sed etiam ab iis satis exigant, vt pupillo cautum sit

d.l.2.D. de magistr.conuen.

d.l.cùm alicui 26.D de negot.gest.

l.1.§ si magistratus D. de magistr. conuen. d.l. 3.C. eod. l. non est 11.D. de probat.

si fortè postea contingat tutores labi facultatibus *l.1.§.si magistratus D.de magistr.conu.d.l.3.C.eo.l.non est necesse* 11.*D.de probat.* Ita & in curatoribus bonorũ reipublicæ constituendis. Sufficit enim ad excusandos magistratus, vt idoneos curatores dederint, licèt ab iis satis non exegerint, vt apparet ex *d.l.cùm aliciis*, Maximè verò si indiuiduum curæ officium curatoribus omnibus iniunxerint, vt in ea Pauli specie quam tractamus, nec diuisioni administrationis postea consenserint. Hoc enim requiritur tam apud Modestinum, quàm apud Paulum, Non quia teneri deberent si diuisioni consensissent eo tempore quo essent adhuc omnes idonei curatores (quid enim referre potest, an coniunctim an diuisim pluribus curatoribus administratio deferatur cùm omnes idonei sunt?) sed quia si consensissent diuisioni, esset inquirẽdum & distinguendum an eo tempore fuissent curatores omnes idonei necne, Cuius distinctionis inducendæ nulla necessitas subest cùm magistratus, qui indiuiduum curæ officium curatoribus iniunxerunt, postea diuisioni administrationis non consenserunt. Nec est quod quis dicat magistratuum officio magis incumbere, vt rempublicam saluam esse prospiciant, quàm vt rem pupilli, cùm à republica creentur, & in id maximè vt reipublicæ consulant. Satis enim consuluerunt cùm idoneos curatores elegerunt quamuis sine fideiussoribus, quandoquidem potuit respublica & debuit eos conuenire per actorem suum, eo saltem tempore quo incipiebant labi facultatibus: quod in pupillo diuersum est, qui neque per se, neq; per aliquem ex tutoribus suis potest conuenire tutorem ante finitam tutelam tametsi palam sit fieri eum pauperiorem, Ob idque bene prouisum & prouidendum fuit, vt non sufficeret ad excusandos magistratus quod tutores idonei ab initio dati essent, si non fideiussores quoque accepti fuissent, quod in creãdis curatoribus bonorum reipublicæ perinde obseruandum esse nullibi constitutum reperias. Sed etsi magistratibus qui curatores istos idoneos sine fideiussoribus constituerunt imputari posset cur fideiussores ab iisdem non accepissent, vt reipublicæ magis cautũ esset, non possis tamen ex eo inferre eandem actionem pupillo dandam esse in magistratus, Possent enim illi semper excipere non debere se præstare rem pupilli saluam esse, sed rem publicam *l.1. in princip. & §.vlt. De magistr.conuen.* rem verò quæ sit pupilli, publicam dici non posse. Quamquam non indigent exceptione magistratus qui iure ipso non tenentur, Nisi fortè ponas cessam pupillo fuisse à republica actionem. Illud enim saltem fatendum est cessionem hoc casu necessariam esse. Semper igitur tuti sunt cõtra pupillum magistratus illi qui curatores istos idoneos bonorum reipublicæ cõstituerunt. Quamquam magis in specie Modestini quàm in specie Pauli. Nam in specie Modestini cùm ex postfacto appareat testamentum ex quo fideicommissum ciuitati præstitum fuerat irritum fuisse, apparet quoque numquam reipublicæ fuisse bona illa, licèt administrata fuerint quasi essent reipublicæ: sed semper legitimi heredis cui verum est delatã fuisse hereditatem à lege 12.tab. ex instanti mortis testatoris. At in specie Pauli verum semper est fuisse aliquando reipublicæ bona quibus administrandis curatores à magistratibus constituti erant, quia extraordinarium beneficium Principis iubentis paterna bona restitui pupillo qui antè abstinuerat, non perinde retrotrahitur atque aditio legitimi heredis ad hoc vt in omne tẽpus præteritũ bona huius pupilli semper fuisse retrofingãtur, quia nihil absurdi est si dicatur bona ad eũ aliquo tẽpore pertinuisse, id est ante abstẽtionem, Aliquo

Differentia pupilli & reipublicæ.

l.1. in princ. & §. vl D. de magistr. conuen.

verò

verò tempore non pertinuisse, id est post abstentionem, & rursum ad eundẽ pupillum rediisse ex die decreti à Principe impetrati. Nec periculũ est, vt propter hoc videri possit pater heredem hunc pupillum habuisse pro parte temporis, & pro parte temporis non habuisse. Nihil enim commune habet hereditas cum bonis. Pupillus etiam qui se abstinuit semper heres manet *l. cùm quasi* 30. §. *sed etsi suus D. de fideic. libert.* Sed bona hereditaria quæ ad eum tanquam heredem peruenerant ab eo recedunt saltem quantum ad dominium bonitarium, & aliis acquiruntur quos prætor, vel ad bonorum possessionem vocat, vel bona sibi possidere iubet *l. ex contractu* 44. *D. de re iudic.* iunct. *l. si finita* 15. §. *Iulianus D. de damn. infect.* Ex quo fit vt tantò minùs in specie Pauli danda sit actio pupillo contra magistratus, cùm verum sit non fuisse gesta negotia quæ re vera essent pupilli, eo tempore quo curatores à magistratibus constituebantur, cùm eo tempore abstentus esset pupillus necdum à Principe decretum impetrasset, vt sibi paterna bona restituerentur. In ea verò specie quam Modestinus tractat, licèt magistratus in constituendis curatoribus putassent se reipublicæ non autem legitimi heredis rem tractare, non tamen faceret ea res quominùs etiam legitimo heredi actione saltem vtili negotiorum gestorum tenerentur, cùm habuerint animum gerendi rem alienam ac proinde se obligandi, tametsi in persona errauerint *l. in hoc iudicium* 14. §. 1. *l. si quis cum* 29. *D. commun. diuid.* Tenerentur, inquam, si non idoneos curatores elegissent, ob ídque ponit Modestinus idoneos ab initio fuisse curatores, nec vlla in eam rem cessione legitimus heres indigeret, Qua tamen indigeret pupillus in specie Pauli, etiamsi curatores ab initio idonei non fuissent, quia magistratus in constituendis huiusmodi curatoribus, neque putabãt se rem pupilli tractare, nèque rem quæ ipsius vllomodo nequidem spe esset, tractabant, sed rem quæ erat reipubl. & tanquam quæ esset reipublicæ. Proinde aliqua saltem cessione opus esset, quam in hac specie ratio illa implicitæ cõtradictionis minimè impediret, quod non possint eadem negotia esse & pupilli & reipublicæ. Fuerunt enim re vera reipublicæ, & consequenter habuit habétque semper respublica eo nomine actionem in suos magistratus, quam si pupillo cedere, aut sponte velit, aut à Principe iubeatur, nihil prohibet. Verum quid apertius est quàm de actione cessa non loqui Paulum? Nullum siquidem apud eum de cessione verbum. Tantò igitur manifestius est non potuisse illum scribere quod vulgata lectio habet, magistratus à pupillo conueniri oportere. Errant verò valde meo iudicio, qui disputant apud Paulum, Cur inopis debitoris damnum non spectet ad legitimum heredem, vt in specie Modestini, Quasi verò possit aliquis legitimus heres esse suo herede existente *d. l. cùm quasi.* §. *sed etsi suus de fideic. libert. l. nihil* C. *pro hered.* Loquitur sanè Modestinus in *d. l. cùm alicui.* de legitimo herede, Sed non ponit suum heredem testatori aliquem fuisse, Et qui apud Modestinum est legitimus heres, is apud Paulum est filiusfamilias pupillus, & consequenter suus heres. Ac proinde quemadmodum Modestinus in ea specie de qua fuerat consultus, respondit id quod seruari non potest ab inope curatore damnum legitimi heredis pertinere, ita si de ea specie de qua Paulus respondit consultus fuisset, vtique respondisset damnum de quo quæreretur ad pupillum spectare.

l. cùm quasi 30. *sed etsi suus de fideic. libert.*

l. ex contractu 44. *D. de re iudic. l. si finito* 15. §. *Iulianus de damn. inf.*

l. in hoc iudicium 14. §. 1. *l. si quis cum* 29. *D. commun. diuid.*

l. nihil C. pro hered.

ILLATIO XIV.

De pupillo conuento ex dolo tutoris.

DEcimoquartò ex eodem Principio fit, vt quod culpa tutoris pupillus ex hereditate quam nullo iure possidebat desiit possidere si quæratur an eius æstimatio veniat in petitionem hereditatis, distinguendum sit an pupillo de hereditate cautum sit necne, id est, an tutor soluendo sit an non. Cautum enim esse videtur non solùm si tutor fideiussores idoneos dederit, sed etiam si idoneus ipse sit à quo seruari possit omne id quod pupillus ex litis æstimatione subierit, Si soluendo est, sine vlla dubitatione veniet in petitione hereditatis contra pupillum etiam id quod culpa tutoris pupillus desierit ex hereditate possidere *l.vlt.* D.*de admin.tutor.* Nam ob dolum malum, vel culpam tutoris pupillum possessorem condemnari posse certum est, (quamuis non quãti actor in litem iurauerit) nec id tamen aliter quàm si modò pupillus rem à tutore seruare possit *l.1.D.quand.ex fact.tutor.* Est enim vtraque lex Pomponij eandem Aristonis sententiam vtrobique & referentis, & probantis, sed si tutor soluendo non sit nec aliter idoneè cautum pupillo, maior dubitatio est vtrum calamitas pupilli an detrimẽtum petitoris esse debeat, perindéque haberi oporteat, quod huiusmodi tutoris dolo periit acsi res fortuito casu periisset. Aut similiter atque si pupillus qui propter ætatem nõ minùs culpæ quàm doli expers est, aliquid ex hereditate, diminuisset, corrupisset, perdidisset. Eadémque quæstio de furioso alienæ hereditatis possessore tractari potest, si quid ne in rerum natura esset per furorem eius accidisset. Pomponius autem putat in *d.l.vlt.* veram quidem esse Aristonis sententiam quod ad primam distinctionis partem, Sed quod ad posteriorem de qua nihil Aristo scripserat non esse cunctationi aut dubitationi locum, quasi dicat nec fuisse cur de eo quicquam scriberet Aristo, Cùm certi iuris sit, Etiamsi tutor non sit soluendo nihilominùs teneri pupillum ex dolo & culpa tutoris, sed tamen hactenus tantùm, vt quas habet actiones contra tutorem eas præstet, vt fieri solet, quoties quis ob eam duntaxat causam alicui tenetur, quod aliquam habeat aduersus alium actionem. Illius siquidem actionis cessio pro iusta præstatione est *l.quod debetur 51.in fin.* D.*de pecul.* Nam si quis interroget. Cur pupillus qui neque dolum, neque culpam vllam admisit nihilominùs ex tutoris dolo teneatur, nõ aliud responderi potest quàm quia contra tutorem habet actionem. Quidni ergo tenebitur eam saltem actionem præstare, aut quodnam in eo pupilli damnum est, præsertim cùm actio illa quæ ceditur inanis futura est, siue in totum, siue pro parte propter inopiam tutoris *l.in creditore 38.D. de euict.* Illud difficilius est, Cur non idem admittamus vt pupillus liberetur præstando actionem quam habet contra tutorem etiam cùm tutor idoneus est: Quis enim ferat esse pupillum in hoc deterioris condicionis quàm cæteros, qui si non aliam ob causam teneantur quàm quòd in aliquem habeant actionem, eius actionis præstatione liberantur vt diximus. Et tamen verum est pupillum qui regressum vtilme prò sua indemnitate habere potest aduersus tutorem idoneum non eo magis liberari posse, quod suam actionem præstare paratus sit, sed omnimodo condemnandum esse ex dolo, vel culpa idonei tutoris *d.l.vlt.* De *admin.tutor.d.l.1.D.quand.ex fact.tut:* At respondendum est pupillum quoties tenetur ex facto tutoris, non ideò tantùm teneri quod paratam actionem

l.vlt. D.de admin. tut.

l.1.D.quan. ex fact.tut.

l.quod debetur 51.in fin. D.de pecul.

habeat contra tutorem, Sed ob id etiam quod tutor domini loco constituatur, siue à testatore, siue à lege, siue à magistratu, in his omnibus quæ ad causã administrationis pertinẽt, id enim est, quod Vlpianus scribit in *l. at si 4. eo. tit. quand. ex fact. tutor.* si quid tutor dolo malo admiserit *extrinsecus*, id est extra causam administrationis, pupillo nihil id nocere oportere. Satis ergo pupillo esse debet vt liberetur præstatione actionis, quam contra tutorem habet, illo demũ casu quo tutor idoneus non sit, quoniam ita fit vt indemnitati pupilli vtroque casu consulatur, siue liberetur præstando actionem quam habent contra tutorem non idoneum, quia fit locupletior cùm liberatur *l. si pupilli 66. D. de solut.* nec pauperior cùm inutilem cedit actionem, siue cogatur indemnitatem ei præstare, qui damnum ex pupilli dolo, vel culpa sensit, quando tutor idoneus est, à quo vicissim ille indemnitatem sit consecuturus. Fiunt ergo ista omnia ex nostro Principio quod habet hactenus fauendum esse pupillo non vt in lucro moretur, sed vt damnum non sentiat, quod planè sentiret si eo casu quo tutor non esset soluendo non magis liberaretur præstando actionẽ, quàm alio illo casu, quo tutor soluendo est. An igitur dicendum erit liberari pupillum præstando actiones quas habet contra tutorem quoties conuenitur ex facto tutoris si tutor non sit soluendo ? Ita putat Bart. ad *d. l. vlt. & ad l. si dolo 24. D. si quis omiss. caus. testam.* Omnino malè si Vlpianum non Pomponium consulamus, Nam si tutor pupilli nomine rem aliquam vendiderit, siue bona fide, siue mala, quasi rem pupilli quæ erat aliena dubitandum non est quin pupillus ipse de euictione teneatur, & quidem in solidum etiamsi tutor soluendo non sit *l. illud 4. §. 1. D. de euict.* vbi ratio redditur ab Vlpiano, quia non malè contrahitur cum tutoribus. Nec possis cum Bartolo dicere, ita id intelligi debere vt tamen liberetur pupillus si cedere velit actione, quam habet contra tutorem. Primùm, quia nihil est apud Vlpianum ex quo possit interpretatio, aut potiùs suppletio ista colligi. Deinde quia è contrario repugnat huic interpretationi ratio qua mouetur Vlpianus, Cùm enim ait non malè cõtrahi cum tutoribus, nihil aliud sibi vult, quàm perinde tutum esse debere qui cum tutore contraxit de re pertinente ad tutoris administrationem, atque si cum ipso pupillo iam facto pubere, adeóque maiore annis 25. contraxisset. Atqui eo casu haberet venditorem suum de euictione in solidum & efficaciter obligatum, si modò esset venditor soluendo, nec præterea quæri oporteret an alius quisquam soluendo esset. Idem ergo dicendum est etiamsi tutor pupilli nomine vendiderit, dummodò emptio facta sit bona fide. Nam si facta est per collusionem tutoris cum emptore, vt haberet ille pupillum in solidum obligatum, nemo diceret collusionem tutoris vendentis & emptoris debere pupillo nocere ad ipsum de euictione obligandum *l. meminerint 6. C. vnde vi l. 4. illa etiam quæstio de doli except.* adeò vt neque hoc casu cogendus esset actiones vllas emptori aduersus tutorem præstare. Qua enim fronte posset hoc desiderare emptor qui ipse collusisset cũ tutore dolúmque ipsius participasset *arg. l. si plures 38. in fi. D. de adm. tut.* Planè, secundũ Põponiũ dicendũ est, Ex facto quidem tutoris, qui neque dolũ, neque culpã admiserit, sed bona fide pupilli nomine contraxerit, pupillum in solidum teneri, neque liberari etiamsi paratum se dicat præstare actiones, nec si talem casum fingere posses in quo aliquas haberet, siue tutor soluendo esset, siue non esset. At tunc demum locum esse Aristonis sententiæ de præstandis à pupillo contra tutorẽ qui sol-

l. at si 4. D. quand. ex fact. tutor.

l. si pupilli 66. D. de solut.

l. illud 4. §. 1. D. de euic. l. 4. §. illa etiam quæstio D. de doli mal. except.

uendo nõ est actionibus, cùm tutoris dolus aliquis culpáve argui potest, Quia licèt ex tutoris dolo & culpa pupillum teneri oporteat, hactenus tamen eum teneri æquum est, quatenus indemnitatem consequi à tutore possit, si nõ possit, liberetur præstando quas contra tutorem habet actiones. Semper enim aliquas habet cùm tutor in dolo, vel in culpa fuit. Immò nec vllas præstare teneatur si aduersarius aliquas habeat ex propria persona, & quæ sufficere ipsi possint, vt in specie *l.1.§.hoc edicto* D.*ne vis fiat ei qui in poss.miss.est.* vbi idem Vlpianus ait, Eo edicto nõ solùm teneri pupillum ex dolo tutoris si tutor soluendo sit, sed & ipsum tutorem qui dolum & vim fecerit posse conueniri ab eo qui dolum & vim passus est. Neque verò fieri potest, vt quis dolum à tutore patiatur quin possit contra ipsum agere eo nomine, siue de dolo, siue alia qualibet actione. Sed non semper idem dici potest dolo per tutorem admisso. Euenit enim plerumq;, vt tutor dolo malo aliquid faciat in administratione rerum pupillarium, sed ea mente vt pupillo ipsi non vt alij noceat dum putat se tractare res pupillares, quæ tamen re vera sint alienæ, vt in specie *d.l.vlt.*D.*de admin.tutor.* hoc est cùm dolo malo aut latâ culpâ dissipat res aliquas hereditatis ad alium pertinentis, sed quæ possideatur à pupillo tanquam herede cùm heres non sit. Nam si tutor res illas hereditarias non tractaret tanquam pupillares, sed tanquam alienas, & in iis ita tractandis aliquid dolo malo admitteret, dicerem pupillum ex eiusmodi dolo tutoris teneri nullomodo posse, posteà quod is dolus admissus esset extrinsecus, & extra causam administrationis, vt modò dicebamus ex *d.l.4.*D.*quand.ex fact.tutor.* Atque ita potest accipi quod habet regula iuris, neque in interdicto, neque in cæteris causis pupillo nocere oportere dolum tutoris, siue tutor soluendo sit, siue non, Scilicet de dolo tutoris extrinseco vt in *d.l.4.* Aut etiam ita vt neque interdictum, neque actio de dolo vnquam danda sit contra pupillum ob dolum tutoris: Non autem ita vt non teneatur pupillus præstare dolum tutoris in ea re cuius nomine legitimis actionibus teneatur, quomodo tenetur petitione hereditatis in specie *d.l.vlt.* Non enim ideò tenetur petitione hereditatis quod tutor aliquid dolo fecerit, sed quia possidet hereditatem, vt & in *l. si dolo 24.si quis omiss.caus.test.* Et tamen in ea actione tenetur præstare dolum tutoris perinde ac proprium. Nec rursum eo minùs verum est non nocere pupillo dolum tutoris, cùm vel indemnitatem consequi possit à tutore, vel liberari præstando actionem. Cùm autem dolum admisit tutor in rerum pupillarium administratione vt ipsi pupillo non vt alij noceat ad quem res verè pertinet, non alia quàm pupillo potest dari in tutorem actio de dolo. Sicut enim ea actione de dolo numquam alius tenetur quàm qui dolum fecit, aut heres eius ideóque dicitur actio illa esse in personam *l.2.§.1.D.de doli mal.except.* ita neque alius de dolo agere potest, quàm qui dolum passus est, aut eius heres, licèt de dolo excipere quilibet possit dummodò eius intersit, Ob idq; necessaria est hoc casu cessio à pupillo facienda actionis de dolo, quam citra cessionẽ habere non posset contra tutorem is cui pupillus ex tutoris dolo tenetur. Ne is qui pupillum ipsum bene obligatum habet prohibeatur id saltem ab eo cõsequi quod sine vllo suo damno, aut incommodo præstare pupillus possit *d.l. in creditore.* Sic & in specie *l.2.C.de his quib.vt indign.* quam idem Bart. adducit, cùm tutor nomine pupilli vult falsum dicere testamentum de quo transactum fuerat per defunctum cuius heres extitit pupillus, si qua in eo sit culpa tutoris,

l.1.§.hoc edicto D. ne vis fiat ei qui in poss. miss.est.

l.2.C. de his quib. vt indign.

tutoris, vt est proculdubio quoties perperam & sine causa vult ea retractare quæ finita fuerãt per defunctum, Non dubitatur, quin culpa illa tutoris noceat pupillo in ea lite succũbẽti, vt nimirum cogatur pati iacturam eorum omniũ quæ alioquin ex eo testamento fuisset consecuturus, & pro sua indemnitate regredi aduersus tutorẽ, scilicet si tutor ille sit soluẽdo. Vtrumque enim probatur optimè ex istis verbis legis *dum memineris te portionem ei saluam facturum quàm adimi pupillo necesse erit secundum iuris formam.* Nec enim adimendum quicquam pupillo esset si ei tutoris factum & culpa non noceret, neque posset hic tutor saluam pupillo facere portionem si soluendo non esset. At cùm tutor soluendo non est perinde quidem nocebit factum & culpa eius pupillo ipso iure vt ei portio auferenda sit quæ auferretur si ipse maior factus falsum dixisset testamẽtũ, sed ignoscetur ætati pupilli & ei subuenietur ne dãnum vllum sentire debeat si ab inope tutore indemnitatem consequi non possit, Quomodo accipiendum videtur quod scriptum est in *l. post legatum 5. §. ætati D. de his quæ vt indign.* Alioqui nulla ratio est vt contra iuris communis formam succurratur pupillo vel minori, qui tutorem idoneum habet à quo indemnis seruari possit, quia nec læsus is videtur *l. intra vtile 39. in fin. D. de minor.* Probat igitur optimè locus ille contra Bartolum, id quod nos volumus, Non ob id posse pupillum effugere ne tutoris dolus, vel culpa ei noceat quod paratus sit suas in eum actiones præstare si modò tutor sit soluendo, quia secũdum eam Bartoli sententiam non esset necesse in specie *d. l. 2.* adimi pupillo portionem hereditariam, pro qua posset sufficere actio quam pupillus in tutorem præstare paratus esset: Neque tamen perinde possis ex *d. §. ætati* contra nos disputare, Ex facto tutoris qui neque dolum, neque culpam admiserit non teneri pupillum, sed liberari actionum cessione si tutor non sit soluendo, Neque enim ignoscendum esset ætati pupilli si pupillus ex facto tutoris non teneretur: Neque caret culpa tutor qui temerè accusat de falso testamentum quod falsum non est. Quòd si ponas neque dolum, neque culpam tutoris in eo aliquam interuenisse fortè quod ex amicorum & prudentissimorum virorum consilio instituerit accusationem, quam ex proprij animi sententia numquam fuerat instituturus, Nulla certè hoc casu ratio est, cur pupillo teneri debeat, Nec proinde cur quærendum sit an pupillus, cuius ętati ignoscatur ne dãnum subeat ex facto tutoris qui soluendo non est, præstare saltem debeat fisco aliquam actionem in tutorem cùm prorsus nullam habeat. Erit ergo hoc casu damnum fisci, non tutoris cui nihil potest imputari, nec pupilli quem iniquum esset in damno morari, sed tamen quoniam hoc casu ratio iuris facit cõtra pupillum, etiamsi ponas iustam esse causam propter quam pupillo succurri oporteat & ignosci, non puto posse ei sufficere auxilium prætoris, id est restitutionis in integrum, quæ ex prætoris edicto & iurisdictione descendit, sed adeundum esse Imperatorem & ab eo impetrandam veniam accusationis per tutorem malè institutæ, atque ita accipiendum esse quod scriptum est in *d. §. ætati.* Nam & eo loco rescripti mentio fit Imperatorum Seueri & Antonini quo scilicet continebatur ignoscere se ętati pupilli pro quo tutor falsi accusationem instituisset, non quo fiebat potestas, vel prætori, vel alij magistratui vt ignosceret, ac de mero iure fisci quicquam remitteret. Omnino autem ad quæstionem nostram non pertinet, quod Paulus scribit in *d. l. si dolo 24. D. si quis omiss. caus. testam.* Si dolo tutoris omiserit pupillus hereditatem

l. post legat. 5. §. ætati D. de his quæ vt indig.

d. §. ætati.

L. si dolo 24 D. si quis omiss. caus. test.

testamentariam vt legitimam possideret dandam quidem esse in ipsum actionem legatorum, sed eatenus quatenus hereditas acquisita est. Non enim sensus ille est quem putat Bartolus vt nõ teneatur pupillus ex dolo tutoris etiam qui soluendo sit nisi in eo quod ad ipsum peruenit, sed vt nõ teneatur nisi pro ea parte hereditatis quæ ipsi ab intestato fuit acquisita. Nã vt subiungit Paulus, quid si cum alio possideat hereditatem? id est cum alio æquè proximo agnato vt proinde non nisi ex semisse hæreditas ad vnumquemque ab intestato pertinere possit cùm fortè pupillus solus & ex toto asse fuisset institutus. Iniquum sanè esset in solidum ad legata præstanda teneri hunc pupillum qui non sit nisi ex parte heres, cùm non alio iure teneatur, quàm quòd heres sit. Nec aliud in herede pubere seruandum est si fortè dolo malo causam testamenti omiserit & legitimam possideat hereditatem vt sequitur apud Paulum. Ratio tamen dubitandi tam in pupillo quàm in pubere illa erat, quod ex ea parte edicti non alio colore prætor legata tuetur, aduersus heredem qui ab intestato possidet hereditatem, quàm quòd institutum eũdémque legitimum heredem perinde habeat acsi ex testamento hereditatem adiisset, vt Paulus ipse ait, itémque
l. si duo 18. eod. Caius in *d. l. si duo 18. eo. tit.* Atqui si heres hic institutus, siue pupillus, siue iam pubes adiisset ex testamento, solus heres esset & ex toto asse, ideóque & legata omnia in solidũ deberet. Quidni ergo debebit etiãsi ab intestato habeat coheredem? sibi enim imputet qui testamento & legatariis fraudem facere voluit. Verùm facilis responsio est eum qui ab intestato legitimam possidet hereditatem pro parte tantùm, quoniam habet coheredem, non posse haberi pro eo acsi totã hereditatẽ ex testamento possideret, quia vt videatur adiisse ex testamẽto fit ex fictione quam prætor inducit, vt quærat colorem conseruãdorũ etiam ab intestato legatorum. Fictioni autem huic non potest locum esse in ea portione quę ad legitimum coheredem pertinet, quãdoquidẽ ad aliũ spectat, nec magis fingi potest ad duos in solidũ pertinere, quàm re vera pertinere ne plus possit fictio in casu ficto quàm veritas in casu vero, & ne veritas ipsa imagine & fictione ista adũbretur vt loquitur Pap. in *l. filio 23. De liber. & posth.* Proinde nulla causa est cur is, qui ab intestato quidẽ dũtaxat hereditatis possidet, licèt pro ea parte fingatur adiisse ex testamẽto, legatariis supra eã partẽ obligetur, siue pupillus sit, qui ex dolo tutoris sui cõueniatur, siue pubes qui ex proprio. Tenetur ergo hoc casu pupillus non quidẽ nisi pro ea parte hereditatis quæ ad ipsum peruenit ex lege potiùs quàm ex dolo tutoris, sed tamẽ lõgè suprà quàm ex parte illa cõmodi & emolumẽti perceperit si fortè ponas partẽ illã nõ tantùm legatis, sed etiam ære alieno exhaustã esse ita vt plus habeat incõmodi, quàm cõmodi. Neq; sanè fieri potest vt in ea specie aliquid lucri & cõmodi accedat pupillo ex dolo tutoris, Cùm si habiturus ille sit coheredẽ ab intestato quẽ adita ex testamẽto hereditate nõ habuisset, potius dãnũ patiatur, iacturámq; partis hereditatis. Si verò solus ab intestato heres sit, nullũ tamẽ lucrũ sentiat qui ęquè solus ex testamẽto heres futurus erat si tutor nihil dolo fecisset. Quare nec ita Paulus loquitur, vt dicat eatenus condemnandum esse pupillũ quatenus ex tutoris dolo ad eũ peruenit quomodo Bartolus malè intelligit, sed quatenus ei acquisita fuit hereditas, id est pro qua parte heres est ab intestato. Cæterùm acquiritur ei, siue tota hereditas, siue pars hereditatis non ex dolo tutoris, sed ex lege quæ ipsam defert *l. lege obuenire 130. De verb. signific.* Vnde etiam fit vt tutor ipse qui dolum admisit in hac specie non possit
proprio

proprio nomine & ex proprio dolo conueniri, quia cùm non dolus sed hereditas tribuat ius conueniendi, certum est non alium posse conueniri quàm qui re vera heres sit siue ex testamento, siue ab intestato: Nemo autem ex dolo suo fieri heres potest, nisi priùs ei hereditas à lege deferatur. Nec feliciùs Accursius quàm Bartolus ista explicauit, qui distinguit an tutor dolũ admiserit contrahendo, an delinquendo, an in medio, quod postremũ distinctionis membrum quẽ sensum aut quã rationẽ habeat, nec Bartolus ipse dissimulat se nescire. Iam ergo redeamus nos ad Põponium in *d.l.vlt.* De *adm.tut.* Is probat primũ Aristonis sententiã in illis verbis *Puto eum verè dicere.* Quid autẽ Aristo dixerat? Nimirũ quod in principio legis scriptũ est, Quod culpa tutoris pupillus ex hereditate desiit possidere, eius æstimationem in petitione hereditatis sine vlla dubitatione fieri debere ita demũ si pupillo de indemnitate (sic enim mallẽ legere quàm vt vulgo *de hereditate*, nã cur, aut quomodo aut à quo possit cautũ esse pupillo de hereditate?) cautum sit: Cautũ verò esse videri etiã illo casu quo tutor sit idoneus à quo seruari possit id quod pupillus ex litis æstimatione subierit, tametsi nullos dederit fideiussores. At de illo casu quo tutor nõ esset idoneus nihil dixerat Aristo, neque is qui Põponium cõsuluerat, quicquã affirmauerat quod ipse crederet, sed tantũ dubitauerat quid dicendũ esset. Ergo quod sequitur apud Põponiũ *sed quare cunctatus es si soluendò non sit tutor, cuius dãnum esse debeat*, non ita potest accipi quomodo Accurs. Bart. Din. Iacob. de Aret. & cæteri vulgo accipiunt, quasi Põponius Aristonẽ reprehendat, aut seipsũ corrigat in eo quod Aristonẽ proximè & immediatè adprobauerit, sed ita potiùs vt improbet ille dubitationẽ & hæsitationem consulentis, qui casum illũ de quo nihil Aristo scripserat hoc ipso difficiliorẽ esse putabat, cũ tamen è cõtrario prætermisisset eum Aristo, vel ob hoc potiùs quod minùs haberet dubitationis. Consequenter quod subiicit Põponius, non ad aliud teneri debere pupillũ quàm vt actiones quas contra tutorẽ habet actori præstet, referri nequit ad eum casum quo tutor sit soluendo, De quo casu & Aristo iã respõderat simpliciter teneri omnimodo pupillũ, & Aristonis sententiam Põponius adprobauerat, Sed ad alterũ casum referri debet quo tutor non sit soluendo. Secundũ quam interpretationem euenit, vt nihil malè ab Aristone dictũ, nihil temerè à Põponio adprobatum inueniatur. Est tamen insigne mendũ & à nobis emẽdandũ apud Põponium in illis verbis *venditori hereditatis præstandas esse.* Quis enim horũ verborũ sensus esse potest, cùm neque vendita hereditas proponeretur, neque fieri possit vt idẽ fuerit hereditatis venditor qui nunc est petitor. Qui namque vendidit hereditatem siue ad alium, siue ad se pertinentem, quo iure obsecro eam postea petere posset? Atqui nõ alij suas in tutorem actiones præstare pupillus potest aut debet quã petitori hereditatẽ vendicanti. Nõ ergo *venditori hereditatis* legere debemus, sed *vendicanti hereditatem*, quod facilè assequemur si ponamus ita scriptum fuisse, siue à Põponio, siue in prioribus editionibus *vendic. heredit.* quomodo moris erat omnia scribere non modò paucioribus literis, sed etiam plerumque notis. Adfert verò Põponius aliud exemplũ in quo similiter euenit vt qui hereditatis petitione conuenitur actionum præstatione liberetur *sicuti*, inquit, *heres vel bonorum possessor si nihil culpa eius factum sit veluti si fundo hereditario vi deiectus sit aut seruus hereditarius ab aliquo vulneratus sit sine culpa possessoris, nihil plus quàm actiones quas eo nomine habet, præstare debeat.* Bona enim comparatio est huiusmodi possessoris, & pu-

d.l.vlt. D. de adm. tut.

Pomponius emendatus.

Aliud mendum apud Põponium.

pilli,quia neque vlla pupilli culpa intelligi potest in eo quod ipse tutor vel do lo malo,vel culpâ fecerit. Sed tamen in hoc claudicat comparatio,quod alius quilibet possessor hereditatis omnimodo & indistinctè liberatur præstãdo actiones quas habet contra eum qui vel per vim deiecit,vel seruum hereditariũ vulnerauit,Siue tertius ille soluendo sit siue non sit *l. quòd si 16. §. Iulianus & seqq.vsque ad finem legis D.de petit.hered.* Pupillus verò non liberatur omnimodo etiamsi paratus sit præstare actiones quas contra tutorem habet, sed eo tantùm casu quo tutor non sit soluendo,Idque ob rationem illam quam supra attulimus,quòd tutor in rerum pupillarium administratione domini loco habeatur,quatenus indemnem pupillum seruare potest,vt non malè dici possit, Factum videri à pupillo,quod tutor ipse fecerit,dum ne pupillo quicquam eo nomine absit.Sequitur apud Pōponium,*Idem dicendum est etsi per curatorem furiosi culpa vel dolo quid amissum fuerit quemadmodum si quid stipulatus tutor vel curator fuisset aut vendidisset rem hereditariam,* In quo rursus videndum est ne decipiamur si cum interpretibus existimemus eam esse Pōponii sentētiam,vt his casibus indistinctè liberetur furiosus præstando actiones quas habet contra curatorem.Nam è contrario Pomponii sensus est,Eandem in furioso adhibendam esse distinctionem cùm ex curatoris sui dolo in hereditatis petitione conuenitur,quam priùs dixerat Aristo & Pōponius adhibendam esse in pupillo,An scilicet cautum ei sit de indemnitate,propterea quòd eius curator vel idoneus sit,vel idoneos habeat fideiussores, An verò damnū sensurus sit ex dolo vel culpa curatoris si quid aliud præter suas actiones præstare actori teneatur.Priore casu omnimodo condemnandus est furiosus ex dolo aut culpa sui curatoris,nec si actiones suas præstare paratus sit,liberandus erit:quia non minor est potestas curatoris in caput & fortunas furiosi,quàm tutoris in caput& fortunas pupilli,feréque in omnibus codē isti iure censentur,nisi quod plus iuris habet curator furiosi quàm tutor in hoc,quod omnia quæ ad furiosum pertinent,per ipsum curatorem solum id est sine furioso expedienda sunt cùm nihil prorsus facere furiosus possit ne quidem cum curatoris sui autoritate,Pupillus verò omnia potest facere tutore autore *l.in negotiis* 5.*De regul.iur.*& pleraque sunt quæ nec tutor ipse facere possit sine pupillo,quale est adire hereditatem,*l.more* 8.*& seq.D.de acqu.hered.l.cùm in vna* 17.*§*.1.*D.de appell.* Supererat vt responderet Pōponius ad quæstionem quā consultor proposuerat iis verbis *De possessore quoque furioso quæri potest,si quid ne in rerū natura esset per furorem eius accidisset.*Hucusque enim tractauit Pōponius de furioso qui conueniatur ex dolo culpáve sui curatoris.Respondet verò ad vltimam istam quæstionem,impune id furioso esse debere,perinde acsi vi aliqua maiore , & casu fortuito damnum illud accidisset,quasi nec à furioso ipso nec à quoquam homine factum videatur,quod à furioso factū est per furorem.Id enim est quod habent postrema legis verba,*Impune autem puto admittendum quod per furorem alicuius accidit,quomodo si casu aliquo sine facto personæ id accidisset.*Nec aliud est si pupillus expers culpæ aliquid ex ea hereditate diminuerit,aut perdiderit.Nam nec is qui Pomponium consulebat de hoc dubitabat,vt constat ex verbis illis *similiter atque pupillus expers culpæ quid ex hereditate diminuisset,corrupisset,perdidisset.*Ideò autem loquitur lex de pupillo culpæ expertè quoniam in eo qui esset capax culpæ aliud probari oporteret.Culpę autem is saltem capax est qui & doli.Alius sanè vix quisquam in ea ætate , licèt culpa minus aliquid

l.quod si 16. § Iulianus & seqq. de pet.hered.

d.l.vl.D.de adm. tutor.

quid

quid sit quàm dolus. *l. quod Nerua 32. D. deposit.* Atque ita elegans hoc totum Pomponij responsum explicandum est, Non quomodo ab iis interpretibus factum est, quos Bartolus refert distinxisse, An culpa tutoris vel curatoris fuerit talis, ex qua non oriatur actio durante tutela, vt eo casu non liberetur pupillus etiamsi paratus sit cedere actionem, quam scilicet præstare ac cedere nullomodo possit, An verò talis culpa fuerit ex qua nascatur actio etiam durante tutela, puta furtum vel rapina *l. si tutor reipublicæ 9. §. vlt. D. de tutel. & rat. distr.* vt eo casu non ad aliud teneatur pupillus quàm ad præstandas actiones quas nõ solùm habet, sed etiam ita habet vt eas præstare possit, Nimirum hanc distinctionem induxerunt isti viri boni vt Pomponium cum Aristone aut potiùs cùm seipso conciliarent, & vt scopulum illum effugerent, ad quem allidunt cæteri qui putant in hac quæstione Pomponium non modò ab Aristone sed à seipso quoque dissentisse : quod est ridiculum. Illud sanè fatendum videtur, Pomponium & Aristonem in quæstione ista dissensisse à cæteris Iureconsultis, vt nos pluribus scripsimus in Rationalibus ad *l. sed & ex dolo 15. D. de dolo.* vnde peti volumus, quid nos circa personam pupilli, tutorisque dolosi magis probemus.

l. si tutor 9. §. vlt. D. de tut. & rat. distr.

ILLATIO XV.

De suspecto faciendo tutore qui malè administrat etiamsi satis dederit vel satis offerat.

DEcimoquintò ex eodem Principio fit, vt suspectus fieri possit tutor quilibet malè administrans, etiamsi satisdederit, vel nunc satis offerat *l. suspectus 5. D. de suspect. tutor.* Nimirum quia vt ibi Vlp. scribit, expedit pupillo rem suam saluam potiùs quàm tabulas habere cautionis Rem saluam fore. Nec ferendus est contutor si dicat ideò se non fecisse suspectum collegam quod sciret cautum esse pupillo, quia vt in *l. seq.* subiicitur ex Callistrato, satisdatio non mutat maleuolum tutoris propositum, sed diutiùs grassandi in pupilli re familiari præstat ei facultatem. Et sanè interest cuiuslibet non soluere potiùs quàm solutum repetere *l. 3. D. de compensat. l. si stipulatus 15. in pr. D. de fid.* meliúsque est ab initio prospicere minoribus ne quid damni sentiant, quàm post vulneratã eorum causam remedium quærere per quod indemnitatem consequantur *l. vlt. C. in quib. caus. restit. in integr. necess. non est.*

l. suspectus 5. D. de susp. tutor.

l. quia 6. eo.

l. vlt. C. in quib. caus. restit. in integr. non est necess.

ILLATIO XVI.

Vbi morari pupillus vel educari debeat.

DEcimosextò ex eodem Principio fit, vt si disceptetur vbi morari vel educari pupillum oporteat, causa cognita id prætorẽ vel præsidẽ statuere oporteat *l. si disceptetur 5. D. vbi pupill. educ. vel mor. deb.* vbi addit Vlp. in causæ cognitione euitandos esse eos qui pudicitiæ impuberis possunt insidiari, Quomodo etiã ij qui possunt insidiari vitæ, qualis creditur vt plurimũ esse qui vitricus est *l. 1. C. eo.* Aut etiã qui pupillo ipsi substitutus fuit *l. 1. § 1. D. eo. tit.* vbi scribit idem Vlp. vsque adeò solere prætorẽ ex persona, ex condicione, & ex tẽpore statuere vbi potiùs alendus sit pupillus, vt nõnunquã recedat etiã patris volũtate. Nã cũ quidã testamẽto suo cauisset vt filius apud substitutũ educaretur, Imperator Seuer' rescripsit æstimare prætorẽ debere ac perpẽdere vtrũ id fieri

l. si disceptetur 5. D. vbi pup educ. deb.

l. 1. C. eod. l. 1. §. 1. D. eo.

debeat, Idque præsentibus cæteris propinquis liberorum: Id enim agere, inquit, prætorem oportet vt sine vlla maligna suspicione partus alatur & educetur. Nam si cauendum est ne in damno pecuniario pupillus moretur vt Principium nostrum habet, quantò magis ne damnum vllum persona ipsa pupilli sentiat? De quo plura ad Principium sequens dicemus. Erit enim locus ille accommodatior.

ILLATIO XVII.

De adulto aduersus quem restitutus sit heres vnius ex curatoribus condemnatis.

l. alterius 20. in princ. De tutel. & rat. distr.

DEcimoseptimò ex eodem Principio fit, quod scriptum est in *l. alterius, 20. in pr. D. de tut. & rat. distr.* Alterius curatoris heredem, inquit, Papinianus, tanquam minorem, & condemnatum maiore pecunia quàm deberet in integrum restitui placuit. Ea res materiam litis aduersus alium curatorem instaurandæ non dabit, quasi minore pecunia condemnatum, si non sit eius ætatis actor cui subueniri debeat, Sed æquitatis ratione suadente per vtilem actionem ei subueniri in quantum alter releuatus est, oportet, Cur verò æquitatis ratione? Quoniam aliter eueniret vt pupillus in damno moraretur. Ei namq; abesset quod ex vna parte aufferret restitutio, nec altera ex parte sententia redderet. Quamquam vt alio loco monui si bene memini totus ille versiculus *sed æquitatis ratione suadente per vtilem actionem ei subueniri in quantum alter releuatus est oportet*, mihi valdè suspectus est, videtúrque dignior Triboniano, quã Papiniano, siue verba considero quæ sunt parum elegantia, siue sensum & vim verborũ, non solùm quia hæc adiectio destruit quod eleganter & ex iuris ratione Papinianus responderat, Verùm etiam quia iuris ratio pati non potest, vt aduersus eum qui in certam pecuniæ quantitatẽ condemnatus est licèt minorem, quàm re vera deberetur detur actio in maiorem quantitatem ex pristina obligatione tutelæ, Cũ actio tutelæ hoc ipso consumpta sit quod eã semel exercuit is qui pupillus fuit vt sæpius à nobis dictũ probatúmque est in superioribus: Sed etsi maximè actio tutelæ aliqua hoc nomine superesset, attamen summoueretur per exceptionem rei iudicatæ cuius autoritas facit vt posteaquàm iudicatum est, non iam illud inspiciendũ sit quid debeatur, sed quid deberi iudicatum sit, quandoquidem res iudicata pro veritate habetur *l. res iudicata 208. De regul. iur. l. si fundus 16. §. si pluris D. de pign.* quamuis illo etiam loco idem Tribonianus non dissimili & audacia & imperitia Marcianum quoque corruperit addita tota illa clausula quam proculdubio Marcianus numquã addidisset *sed humanius est non amplius eum quàm quod re vera debet dando hypothecam liberare*, vt pluribus scripsimus *lib. 16. Coniect.* Neque sanè si iuris rationem consulamus, alius casus excipi potest, quàm is quem Papinianus disertis verbis excepit *si non sit eius ætatis actor cui subueniri debeat*, id est si non sit adhuc minor annis vigintiquinque, aut saltem intra annum illum vtilem qui minoribus ex edicto prætoris ad petendam restitutionem indulgetur, Non sententia contra minorem reddita ipsum non afficiat æquè ac maiorem, sed quia contra sententiam restitui minor potest, maior non potest *l. 1. & tot. tit. C. si aduers. rem indic.* Quomodo ergo fieri potest quantacumque æquitatis ratione vt releuetur iste qui ætatis beneficio in integrum restitui non possit, cùm nec minor ipse releuari possit nisi per in integrum restitutionem? Nam quod de vtili actione tractat Tribonianus ridiculum est. Sublata enim directa

Tribonianismus in Papiniano.

l. si fundus 16. §. si pluris D. de pignor.

l. 1. C. si aduers. rem indic.

quæ

quæ & in iudiciũ deducta sit & effectũ habuerit nulla ratio est vtilis cõcedẽda. Solet siquidẽ vtilibus actionibus locus fieri, cũ directę locũ nũquã habuerũt, non vt ex eadem causa sæpius agatur, aut vt rei iudicatæ autoritas quæ directam actionem eneruatura esset per vtilem actionem conuellatur. Quare nec potest defendi ex ratione iuris quod notat Bart. ad *d. l. alterius*, Si minor in integrum restituatur contra maiorem, restituendam esse maiori actionem contra tertiũ minoris beneficio liberatum. Potest enim actori qui maior fuit imputari, cur non egerit melius aduersus curatores suos, conueniendo quemque ipsorũ pro ea parte & quantitate pecuniæ quam ipse verè deberet, & cur ab ea sententia nõ appellauerit, per quã alter ex curatoribus minore pecunia cõdemnatus fuerat, quàm condẽnari debuisset, cùm cogitare ac prospicere deberet fore vt heres alterius curatoris idémq; minor posset restitui aduersus sentẽtiã quæ ipsum condemnasset in maiorẽ, quàm ab eo debita esset quantitatẽ. Ac proinde sicuti non potest maior hic restitui ex edicto De minoribus, quia maior est, ita neque ex generali clausula edicti *si qua mihi iusta causa videbitur*, per quã maioribus subuenitur, quia numquam per eam succurritur, illis quibus potest aliquid imputari. Nec rursus verum est quod supponit Bartolus pro vero, alterum curatorem beneficio minoris fuisse liberatũ. Beneficium enim sententiæ est non condemnationis heredi alterius curatoris minori irrogatæ, quod prodest concuratori ne supra eam quantitatem ad quam condemnatus fuit, vrgeri vnquã possit. Alia verò Accursij interpretatio longè improbabilior est nec minùs à iuris ratione quàm à Papiniani verbis aliena, licèt Bartolus eam in se verã esse fateatur, Vt nimirum minor heres curatoris mortui restituatur in integrũ cõtra curatorem qui fuerit in minori pecunia condemnatus (sic enim apud Bartolum legendum est.) Nam cur volumus huic minori succurrere aduersus concuratorem, cum quo neque egit ille neque gessit quicquam? Edictũ siquidem De minoribus exigit omnimodo vt minor qui vult restitui ex ea parte edicti aliquid gesserit cum eo contra quem petit restitutionem. An non verò satis superque consulitur huic minori cùm restituitur aduersus eum cui fuit cõdẽnatus? Nam si alleget hic minor acceptũ sibi referri debere quod cõcurator maior in minorẽ pecuniæ quantitatẽ fuerit condemnatus, iam diximus immò fieri hoc beneficio sententiæ non correi simul condemnati. Eiúsq; rei argumentũ apertissimum est, quod etiamsi minor heres alterius concuratoris non in maiorẽ quàm quæ ab ipso deberetur pecuniæ quantitatẽ condemnatus fuisset, nõ ideo minùs tamen alius curator tutus esset exceptione rei iudicatæ, si quid ab eo supra iudicati quantitatem quæ eadem esset, peteretur. Dices posse fieri, vt adultus non sit soluendo contra quẽ damus minori restitutionẽ, quæ proinde inutilis ei futura sit, si non etiã aduersus concuratorem porrigatur. Et ob hanc nimirũ causam dicebat Raynerius quem Bartolus refert, Minori plus soluenti restitutionis priuilegio de iure speciali restitutionẽ concedi contra illũ qui eius beneficio liberatus fuit in subsidiũ propter inopiam illius cui solutio facta fuit. Sed neque hoc casu verum esse puto vt restitutionis beneficium porrigendum sit contra eum qui nihil cum minore gessit. Is autem curator, qui minore pecunia condemnatus fuit, nihil gessit cum isto minore herede alterius curatoris, sed cum eo solo cuius curam administrauit. Nihil ergo causæ est, cur alteri teneri debeat siue soluendo sit siue non sit is contra quem restitui vult minor. Sed neque de hoc casu potest Papinianus intelligi, quo iã facta sit solutio per minorẽ. Ponit enim duntaxat condemnatũ fuisse, dátque ei restitutionẽ non

Bartolus cõfutatus.

aduersus solutionẽ,sed aduersus sententiã.Etsi non inficior idẽ iuris fore etiãsi post sententiã solutio secuta esset dũmodo in ea ætate quæ restitutionis beneficiũ admitteret. Cæterũ ex hoc apparet in ea specie de qua Papin.respõdit,hoc est cùm agitur de restitutione concedenda duntaxat aduersus condemnationẽ non etiã aduersus solutionẽ,nihil interesse,an adultus sit soluendo necne,quia tũ quoque cũ soluendo non est perinde consuli potest indẽnitati minoris condemnati qui nihildum soluit, impetrata scilicet ab eo restitutione ad hoc ne ex sententia vrgeatur quicquam soluere supra id quod ab ipso re vera debeatur. Quòd si in damno aliquo minor hic moraretur non eo magis ei subueniri oporteret contra tertium cum quo nihil ipse gessisset. Nam quod habet Principium nostrum, fauendum esse minoribus ne in damno morentur, ita verum est si faueri eis possit citra iniuriam alterius *l. sed cùm ab herede* 12. D. *ad SC. Trebell.* Fieret autem iniuria perceuidens ei qui nihil cum minore gessisset, si ob factum aut inopiam alterius, in integrum restitutio contra eum daretur.

l. sed cùm ab herede 12. D. *ad SC. Trebell.*

ILLATIO XVIII.

De adulto nolente cedere tutori actionem quam habet aduersus curatorem condemnatum.

d. l. alterius 20. §. 1. *De tut. & rat. distr.*

DEcimooctauò ex eodẽ Principio fit, quod scriptum est in *d. l. alterius* §. 1. Nõ idcirco actionem quæ post vigintiquinque annos ætatis intra restitutionis tẽpus aduersus tutorẽ minore pecunia tutelæ iudicio cõdemnatũ inutilẽ esse, quòd adolescenti curatores ob eã culpã cõdẽnati sint, Nẽpe quia nõ eo minùs verũ est, abesse adhuc pupillo eã ipsam quantitatẽ quæ in iudiciũ deducta fuit quãdiu soluta nõ est. Lõgè nãque ista differũt, Cõdẽnatũ esse & soluisse. Ex quo benè infert Papin. quãdiu pupillo ea actio superest tandiu ab ipso cedi eã posse. Nã quæ in ipsius persona inutilis nõ esset, nec inutilis erit in persona cessionarij, Et cõsequenter nõ potest pupillus recusare quominùs eam tutori præstet, quia nullũ prorsus damnũ est in actionis cessione dũmodò fiat ab eo qui totũ id quod sibi debetur cõsequatur. *l. in creditore* 38. D. *de euict.* Quinimò in dolo est minor qui recuset suas præstare actiones ei à quo accipit solutionem, ob idque ait Papin. repelli eũ posse per doli exceptionẽ. Magis enim de præda quàm de dãno sollicitus est qui & pecuniã cõsequi vult, & actionẽ quã eius pecuniæ nomine aduersus aliũ habet retinere, Nõ quòd postquàm à curatoribus solutionẽ acceperit, aliquã ex eiusmodi actione cõtra tutores vtilitatem adhuc sperare possit (intercidet enim actio per solutionẽ à curatoribus factam neque adultus hic suũ bis cõsequetur) sed quia cũ rẽ videri possit habere is, qui actionẽ habet aduersus idoneũ debitorẽ, nihil est quod æquã faciat intentionẽ eiusdẽ adulti contra curatores suos agere volentis, nisi eam ipsam actionem quam contra tutores habet curatoribus præstare paratus sit: Quasi videatur alioqui rursum velle cõsequi quod iã habendus sit pro eo acsi consecutus esset. Quidni enim cõsecutus videatur id pro quo cõsequendo efficacẽ habeat actionem quã nec sibi ereptã velit? Illud tamẽ curatoribus obstare videbatur ne cessionẽ illã petere possent, quòd ex propria culpa cõdẽnati proponebantur. Qua enim frõte cessionẽ desiderare potest is cuius vel dolus vel culpa coercetur? Inquit idẽ Papin. in *l. si plures* 38. D. *de adm. tut.* Sed benè Bart. respondet tunc id verè dici cũ plures cõueniũtur ratione paris culpæ. Quo casu absurdũ esset etiã post cessionẽ culpã ab eo obiici, qui ipse eiusdem culpæ reus esset. At è contrario tutores qui ob culpam curatorum condemnati sunt minore pecunia quàm cõdemna-

l. si plures 38. D. *de admin. tutor.*

demnari debuissent, non possunt nisi malè & improbè curatoribus post cessionem agentibus eam culpam obiicere ex qua lucrum consecuturi alioquin fuerint ipsi qui conueniuntur. Quid si curatores isti soluerent ante habitam petitámque cessionem? Iam diximus futurum eo casu vt cessionem postea petere nō possent nō quasi deficiente æquitate, sed quia tūc nulla amplius superesset actio quæ cedi posset. Id enim est quod Papin. ait *si non iudicatum à curatoribus factum est*. In quo tamen dubitandi ratio illa occurrit, quod curatores isti cùm iudicatum fecerant, non tutorum sed suo nomine soluerunt, quod & Bartolus fatetur, & consequenter ipsos tutores non liberarunt. Quod enim quis suo non debitoris nomine soluit, numquam liberat debitorem *l. si quid possessor 31. D. de petit. her. l. Papin. 28. D. mandat.* Cur non ergo etiam post solutionem à curatoribus factam superest actio cōtra tutores quæ proinde cedi in eis possit? Respōdendum est non alia ratione cōparatam fuisse actionem tutelæ fauore pupillorū, quàm ne quid iis abesset, néve in damno morarentur, vt Principium nostrū habet. Quæ ratio cessat cùm indemnitatem pupillus à curatoribus consecutus fuit, etiamsi propter debitum proprium soluerint non propter debitum tutorum. Indéque apparet differentia elegans inter obligationem tutelæ & cæteras, quòd obligatio tutelæ facilius dissoluitur, hoc est ex eo solo quod nihil pupillo absit, licèt neque à tutore neque ab alio vllo tutoris nomine facta solutio sit, quia & faciliùs contrahitur, nimirum sola ferè legis potestate magis quàm ex aliqua tutoris voluntate, siquidem tutor fit etiam inuitus quíque nullam aliena negotia gerendi habeat voluntatem, ideóque nec eum teneri æquū est, nisi quatenus pupilli vtilitas & indemnitas requirit. Quod in cæteris omnibus diuersum est qui vltrò & ex voluntate propria obligantur. Eos namque non nisi certis & constitutis modis liberari æquum est, inter quos ille non est si quis non ipsorum nomine soluat, sed propter debitum suum, quamuis ea ratione fiat vt extra damnū sit is cui fuerant obligati. Quærit tamen Accursius, Quid si actio nulla amplius sit quæ cedi possit, facta scilicet iam à curatoribus cessione, An poterunt aliquam saltem habere vtilem actionē contra tutores quos per solutionem suam liberarunt? Et respondet habituros ex *l. 2. C. de cont. iudic. tut.* Bartolus verò improbat, quia neque ex persona pupilli actionem illam exercere contutores possent aduersus tutores, quando nec pupillus ipse vllam haberet, ne quidē per restitutionē in integrū, neque ex persona propria cū pro seipsis soluerint nō pro tutoribus. Nec moueri se ait *d. l. 2.* quia loquitur in collegis non liberatis. Ac sanè ita est, Loquitur Imperator eo loco de contutore, quia nondum ex causa iudicati satisfecerat, sed tantùm satisfacere cœperat, ac proinde qui nondum contutores suos liberauerat, quorum collega erat. Solis autem collegis indultum est ab Imperatore Antonino Pio cuius *dict. l. 2.* vt si fortè quis ex facto alterius tutoris condemnatus præstiterit vel ex communi gestu nec ei mandatæ sint actiones, nihilominùs vtilis actio ei danda sit aduersus contutorem *l. 1. §. nunc tractemus vers. & si fortè D. de tutel. & ration. distr.* Atqui tutores & curatores non sunt collegæ, ob idque per actionem contra tutores institutam si solidum ab iis seruari non potuit, numquam intelligitur consumpta actio quæ competit aduersus curatores, cùm habeat alterius officii querellam vt idem Papin. loquitur in *l. tutores 39. §. adolescente D. de admin. tutor.* Nūquam ergo fieri potest vt curatores habeant vtilem actionem aduersus tutores etiā quos ipsi pecunia sua liberarunt. Nam si quā habere possent ea

l. si quid possessor 31. D. de petit. hered. l. Papinianus 28. D. mandat.

l. 2. C. de contr. iudic. tutel.

l. 1. §. nunc tractemus vers. & si forte D. de tut. & rat. distr.

l. tutores 39. §. adolescēte D. de adm. tut.

maximè esset negoriorum gestorum actio quòd videantur benè & vtiliter gessisse negotium illorũ quos liberarunt. At ne quidem hæc iusta potest esse causa iis dandæ actionis, quia licèt tutores liberauerint, non tamen soluerunt vt tutores liberarent sed vt seipsos, neque tanquam gerentes negotium alienum sed suũ *d.l.Papinianus* & *l.in hoc iudiciũ* 14.*§.*1.*vers.& l.si quis cum* 29. D.*commun. diuid.* Meliùs ergo hìc Bartolus quàm Accursius, Nisi quod actionem illam vtilem quam Diuus Pius dedit tutori contra tutorem, putat ille ad *l.cùm pupillus* 21.*eo.* esse actionem negotiorum gestorum, Malo enim intelligere de actione vtili tutelæ De qua & in *tit.C.de contr.iud.& vtil.tut.act.* Vtilem enim actionem cùm sine cessione dant Imperatores, solent dare eius nominis cuius esset actio si qua cessa fuisset vt in *l.*1.*C.de oblig.& act.* Diuersum est si pupillus tutelæ actione contra tutorem alterum cesserit tutori in solidum cõdemnato, quãuis enim postea iudicatum fiat tamen actio iam data & cessa non ideò intercidit, quia pro parte condemnati tutoris nõ tutela reddita sed precium nominis solutum videtur vt subiungitur ex eodem Papin. in *l.cùm pupillus* 21.*eo.tit.* quod nos in præcedentibus & suo loco explicauimus. Cætera quæ ad eam legem Bart. tractat de cessione vni ex correis aut contutoribus contra correum aut contutorem facienda, nos tractauimus *lib.*11.*Coniect.*

*l.*1. C. *de oblig.& act.*

l.cùm pupillus 21. *D.de tutel.& rat. distr.*

ILLATIO XIX.

De contrario iudicio tutelæ.

DEcimononò ex eodem Principio fit, vt cõtrariam tutelæ actionem prætor proposuerit, & in vsum induxerit, vt faciliùs tutores ad administrationem accederent scientes pupillum quoque sibi obligatum fore ex sua administratione *l.*1.*D.de contr.tut.& vtil.act.* Quamquam enim sine tutoris autoritate pupilli non obligentur, vt ibidem Vlp. ait, nec in rem suam tutor obligare pupillũ possit, Attamen receptum est vt tutori suo pupillus sine tutoris autoritate ciuiliter obligetur ex administratione scilicet. Etenim prouocandi fuerãt tutores vt prõptius aliquid de suo pro pupillis impenderent, dũ scirent se recepturos id quod impendissent, Essétque pupillis ipsis magno dãno & incõmodo, si tutoribus suis non obligarẽtur. Quotusquisque enim esset qui ad rerũ pupillariũ administrationẽ alioquin accedere, aut in iis administrandis vel tantillũ de suo impendere & prorogare vellet? Denique nec tutori officiũ suũ quod publicũ est debet esse dãnosum *l.videlicet* 28.*D.ex quib.caus.maior.l.sed si quis* 7.*D.test.quem.aper.* nec pupillus locupletari debet ex tutoris sui iactura *l.naturaliter* 13.*§.vlt.cũ l.seq.D.de cond.ind.* Nã & inde est quod postea tandẽ D. Pius generaliter cõstituit vt ex alia qualibet causa pupillus locupletior factus ciuiliter obligetur, & in eũ actio detur. *l.*3.*§.pupilli D.de negot.gest.* iunct. *l.si pupilli*6. *l.litis* 37.*eo.* Neque ideo tamen possis dicere actionẽ hãc tutelæ cõtrariã ciuilẽ esse quemadmodũ ipsa tutelæ actio ciuilis est, itẽque obligationes omnes quæ ex quasi cõtractu nascũtur. Est enim prætoria & ex pretoris iurisdictione vt Vlpianus ait, Non solũ quia priùs inducta fuit, quàm prodiisset rescriptũ illud Diui Pij de pupillo, qui locupletior factus sit, ciuiliter obligando: Sed etiam quia propriũ hoc & speciale habet vt cõpetat tutori cõtra pupillũ, etiamsi pupillus locupletior factus nõ sit, puta si benè quidẽ & diligenter negotia pupilli tutor gesserit, sed aduersum euentum habuerit id quod gestum est *l.* 3. *§.sufficit eod. tit. De contr.tutel.& vtil.action.* quod diuersum esset in actione negotiorum gestorum si quis eam contra pupillum exercere vellet. Cogeretur enim præcisè probare pupillum factum esse locupletiorem. *dict. l.si pupilli & dict. l. litis.* Illud

*l.*1.*D.de contr. tutel. & vtil.act.*

l. naturaliter 13.*§. vl. & l seq.De cond.indeb.* *l.*3.*§.pupilli l.*6.*l.litis*37. *D.de negot. gest.*

*l.*3.*§ sufficit De contr.tutel. & vtil. act.*

Illud tamen omnino requiritur vt tutor probet ſe bona fide negotium geſſiſſe, & illud bene atque vtiliter inchoaſſe: Alioqui ſi malè res ceſſerit nullúmque ex eo negotio lucrum ad pupillum peruenerit, nulla ratio eſt cur tutori ſuo teneatur, vt nec alius quilibet actione negotiorum geſtorum alij cuilibet teneretur *l.ſed an vltrò* 10.§.1.D. *eod.tit.*De *negot.geſt.* In eóq; e errat & contra hoc Princip.peccat Bartolus poſt Dinum,cùm ſcribit ad *d.l.*1. *num.*4. Nihil eſſe ſpeciale in tutelæ actione contraria,ſiue bona fide tutor geſſerit negotia pupilli,ſiue mala fide,Sed eo tantùm caſu quo dubitetur an negotium fuerit malè inchoatum. Nam imò verò quoties dubitatur an negotium bene an malè inchoatum ſit,nulla ratio eſt,cur tutori faueamus ac non potiùs pupillo, cui actio iſta cõtraria damnũ eſſet allatura: Cùm autẽ cõſtat negotium pupilli bona fide inchoatum fuiſſe,ſed tamen effectum non habuiſſe, proprium hoc habet actio contraria,vt non eo minùs pupillum teneat qui alioquin actione nulla teneretur. Etſi enim idem eſt in actione negotiorum geſtorum ſi contra non pupillum exerceatur,*dicta l.ſed an vltrò* §.1.ſecus tamen eſt in ea, quæ contra pupillum exercetur *d.l.*3.*§.pupilli d.l.*6.*& 37.de negot.geſt.* Alterutrum enim omnimodo probandum eſt ad obligãdum, ſiue ciuiliter,ſiue etiam naturaliter pupillum,Nempe,vel factum eſſe ipſum locupletiorem ſi alius quàm tutor geſſerit, vel ſaltem bene ac vtiliter inchoatum negotium eſſe ſi tutor ſit qui agere velit. Illud quidem verè Bart.contra Accurſium notat, Non eſſe ſpeciale in contraria tutelæ actione,vt pupillus tutori ſuo ſine alterius tutoris autoritate obligetur.Nam vt ille ait idem eſt in tutelæ actione directa, cùm ſi tutor rem aliquam pupilli emerit palam & bona fide,obligetur ei pupillus & ciuiliter & naturaliter *l.tutor rerum* 56.D *de admin. & peric.tutor.* Dixi *palam & bona fide*,quia ſi quid faciat tutor clam & mala fide non obligat ſib pupillũ ſed ſe pupillo *l.non exiſtimo* 54.*eod.l.pupillus* 5.*§.ſed ſi per interpoſitam* D. *de autor.& conſenſ.tut.* Ex quo apparet quàm ridiculi ſint qui poſt Dinum defendunt actionem tutelæ contrariam, non eſſe bonæ fidei. Cùm ex contrario nulla fuerit ratio eius inducendæ,niſi quod ex bona fide ſit vt de iis quæ tutor in rem pupilli impendit, pupillus tutori obligetur. Indéque etiam eſt quod hæc actio non ſolùm tutori verùm etiam ei qui pro tutore negotia geſſit cõpetere debet *d.l.*1.*§.hæc actio.* Sed etſi curator ſit vel pupilli,eo nimirum caſu quo pupillus curatorem habere poteſt, puta ſi iam habeat tutorem(nec enim tutorem habenti tutor dandus eſt,ſed curator)vel adoleſcẽtis, vel furioſi, vel prodigi, dicendũ eſt etiam his curatoribus contrarium iudicium dandum eſſe:Idem in curatore quoque ventris probandum eſt *d.l.*1.*§.ſed etſi*, vbi addit Vlpianus hanc fuiſſe Sabini ſententiam exiſtimantis cæteris quoque curatoribus ex iiſdem cauſis dandum eſſe contrarium iudicium, Nimirum quia his omnibus caſibus locum habet eadem ratio bonæ fidei & æquitatis, fuerúntque iſti omnes curatores prouocãdi vt curã ſuſciperent,nõ minùs quàm tutores ad tutelã gerẽdã. Cæterũ quẽadmodũ actio tutelæ nõ poteſt exerceri niſi poſt finitã tutelã,ita neque cõtrarium iudiciũ tutelæ quãdiu tutela durat *d.l.*1. *§.finito.* Nec enim bona fides patitur,vt priùs conueniatur pupillus à tutore, quàm tutorẽ ipſum cõuenire poſſit.At ſi pro tutore qui negotia geſſerit,cùm tutor non eſſet, vel etiam curam adminiſtrauerit locus erit iudicio contrario etiã ſtatim, quia hoc caſu in ipſum quoq; ſtatim actio cõpetit, vt ſubiicit Vlpianus in *d.§.finito.*Siquidem cum eo qui pro tutore negotia geſſit etiam ante

l.ſed an vltrò 10.§.1.*de negot.geſt.*

l.tutor rerũ 56.D.*de admin.tut.*

*d.l.*1.§. *hæc actio* D. *de cont.tut.& vtil.act.*

*d.l.*1.§. *ſed etſi.*

*d.l.*1.§.*finito.*

l.1.§. cum eo D de eo qui pro tut. negot.gess. pubertatem agi posse nulla dubitatio est,quia tutor non est *l.1. §.cum eo D.de eo qui pro tutor.negot.gess.* Cum eo autem, qui curator verè fuit & est,ideò etiam durante officio exerceri actio potest,quia verẽdum non est,ne ex eo quod semel in iudicium deducta fuerit tota consumatur,cùm non ex lege 12.tab. vt actio tutelæ,sed ex ipsa gestione & administratione proficiscatur, vt proinde toties & competat & exerceri possit,quoties curator probatur administrasse. *l. 2., C. de admin.tut.* Nec repugnat quod scriptum est in *l.2.C.de admin.tutor.* Aduersus adolescentis curatorem cui collegæ dati sunt quandiu administratio communis durat exerceri iudicium non posse.Id enim ita accipiendum est,vt non possit exerceri à collegis,Sicut nec contutor tutelæ actionem exercere potest aduersus contutorem quandiu tutor manet etiamsi relegatus sit *l.sine herede 32.§.vlt. D.de admin.& peric.tutor.* quia nimirum relegatio non facit, quin remancat tutor *l.tutor petitus 28.§.vlt.cum l.seq.D.de excus.tut.l.quod si fortè 14.§.quid ergo D. de solut.* *l.sine herede 32.§.vlt. D.eod.* At à minore ipso aduersus curatorem exerceri actio quandocumque potest, Non quòd pro vniuersali curatione agi possit ante finitum officium,quod & Baldus notat ad *d.l.2.* sed quia cùm tempus nullum à lege præstitutum sit curationi,siue vniuersalis ea sit,siue certarum rerũ, finitur illa statim atque ratio administrationis postulatur.Quãuis enim nõ sit liberũ minori res suas sine curatore administrare ante vicesimum quintum annum, attamen potest aliũ petere curatorẽ,& à priore exigere rationes.In eóq; curatio differt à tutela,quia tutelę tempus est legitimum cùm nõ nisi pubertate aliisve certis & legitimis modis tutela finiatur. Vnde fortassis est quod in Instit. habemus titulum *Quib.mod.tutel.finit.ante tit.De curat.* Nullum autem de curatione, quando aut quibus modis finiatur.Eminuerò vt quis contrario tutelæ iudicio experiri possit,non illud etiam necesse est,vt in contrarium pupillus directam tutelæ actionem exerceat,sed sufficit vt tutelæ iudicio agi possit, licèt nõdum agatur.Etenim nonnumquam pupillus idcirco agere non vult, quia nihil ei debetur,scitque plus in eum impensum esse quàm ei absit, Nec impediendus est tutor contrario iudicio agere *d.l.1.§.vlt.de contr. tutel.& vtil.act.* Dubitandi ratio erat,quia contraria tutelæ actio videbatur præsupponere directam. Ob ídque nec si Rationibus distrahendis actio intenderetur, locus videbatur fieri actioni contrariæ,cùm actio tutelæ in multis differat ab actione illa Rationibus distrahendis, vt explicauimus in præcedentibus. Sed ratio decidendi est, quod actio contraria præsupponit directam potentia & aptitudine non actu, vt philosophi loquuntur. Quomodo euenit etiam in cæteris actionibus contrariis depositi, commodati, mandati,pignoratitia & cæteris si quæ sunt huiusmodi. Non enim exigimus vt directæ exerceantur, sed tantùm vt competant eo tempore quo contrariæ exercentur. Et ideò benè Iulianus scribit in *l.2.eod.tit.* longè magis dandum esse contrarium tutelæ iudicium si Rationibus distrahendis actio intenderetur. Etsi enim qui actione ista experitur non ideò tutelæ agit, maiorem tamen præbet occasionem proponendæ actionis contrariæ, quàm si omnino taceret. Nam sunt quidem duæ actiones, sed quæ tamen ex vna eiusdem tutelæ obligatione nascuntur *l.1. §. in tutela D. de tutel.& ration.distr.*

d.l.1.§. vlt. D.de contr. tutel & vtil.act.

l.2.eod.

l.1.§. in tutela D.de tutel. & rat. distr.

ILLA-

ILLATIO XX.

De tutore reputante pupillo quod in ipsius rem impendit.

VIcesimò ex eodem Principio fit, vt si tutor iudicio tutelæ conueniatur, possit reputare id quod in pupilli rẽ impedit *d.l.1.§.præterea* D.*de contr. tutel.& vtil.act.l.2.D.vbi pupill.educ.deb.* Sic erit in tutoris arbitrio an compensare, an sumptum petere malit *d.§.præterea l.vlt* C.*eod.l.2.C.de in lit. dan. tut.* Neque enim quicquam interest pupilli an tutor indemnis seruetur per cõtrariam actionem, an per compensationem, cùm vtriusque remedij idem sit effectus, vt neque in damno tutor moretur, neque pupillus ex tutoris iactura locupletetur. Quid ergo si iudex compensationis petitæ rationem nullam habuit? An contrario iudicio nihilominus experiri tutor poterit? Vtique poterit, quia nihil vetat actionem ei competere qui non possit obiicere compensationem, vt videre est in omnibus casibus in quibus compensatio non admittitur etiam eius rei quæ debetur, sed si reprobata est reputatio & compensatio post examinationẽ causæ, id est non ratione aliqua iuris, sed quasi nullo debito subsistente, & tutor sententiæ acquieuerit, aliud probandum erit nec debebit iudex contrario iudicio id sarcire vt scriptum est in *d.§.præterea.* Quia obstat tutori exceptio iudicati, perinde ac si iudex pronunciasset ei nihil deberi *l.si autem* 8.§.*si quocumque D.de negot.gest.l.quod in diem* 7.§.1.D.*de compens.* Neque obstabit si quis dicat, futurum ergo hoc casu vt pupillus ex tutoris iactura locupletetur, Non enim dici hoc magis potest quàm si re vera nihil tutori deberetur, cùm res iudicata pro veritate habeatur *l.res iudicata* 208.D*e regul.iur.* Denique iudex qui oppositæ compensationis rationem nullam habet, de iure tantùm cogitasse videtur non etiam de facto, de quo nec quicquam pronunciat etiamsi exprimat nullam se compensationis rationem habere quod plerumque hodie fit iis verbis *sans nous arrester*, aut *sans auoir esgard à la compensation requise par le deffendeur.* Qui verò compensationem reiicit quasi debito nullo existente, hoc ipso pronunciat de facto, Non solùm si pronunciet nihil tutori deberi, sed etiam si post examinatam facti causam in eo positam, Vtrum aliquid tutori deberetur, dixerit nullam se habere rationem compensationis. Itaq; putarem non tam inspici debere hac parte verba sententiæ quàm vnum illud an de facto iudex cognouisset necne: quia de qua re cognouit de ea quoque pronunciasse credendus est, vt & pronunciare debuit *vulg.l.de qua re* 74.D.*de iudic.*

l.1.§.præterea de cont. tut & vtil. act.l.2.C. vbi pup. educ. l.vlt.C.eod. l.2.C. de in lit. dand. tut.

l.si autem 8. §. si quocumque. de negot.gest.l. quod in diẽ 7 §.1. D. de compens.

ILLATIO XXI.

De eo quod pupillus tutori suo debeat aliunde quàm ex causa tutelæ.

VIcesimoprimò ex eodem Principio fit, vt si quid pupillus aliunde quàm ex causa tutelæ suo tutori debeat, puta si quid à patre pupilli debitum ei fuit, non sit deducendum in contrarium tutelæ iudicium *dicta lege* 1.§. *an in hoc iudicio D.eod.de contr.tutel.& vtil.act.* Nam cùm hæc actio non sit inducta nisi ex necessitate, & ex bona fide ne tutori noceat quod pupilli sui rem bene ac vtiliter administrauerit, apparet non posse nec debere hanc actionem produci ad ea de quibus integra est actio tutori *l.2.in fi.C.de in lit.dand.tutor.*

d.l.1.§.an in hoc iudicio D.de contr. tut.& vtil. act. l.2.in fin.C. de in lit. dand. tut.

Ergo si ideò expectauit nec exegit, quia tutor erat, magis probādum est vt cōtrario iudicio tutelæ indemnitatem consequatur: vt supradicto loco subiungitur ex Vlpiano. Tunc enim ea ratio incipit locum habere quæ contrarium iudicium induxit, Ne tutori noceat quod tutor fuit, cùm si tutor non fuisset, tamdiu non expectasset: Nam sicuti quodcumque aliud gessit pro vtilitate pupilli id contrario iudicio cōsequetur, Ita etiam id quod sibi debetur consequi debebit, vel eius securitatem, Adeò vt & si ex causa quæ tempore finitur obligatio aliqua contracta fuerit, contrarium eo nomine iudicium ipsi dari oporteat *d. §. an in hoc iudicio in fin.* vbi hanc ob causam malo legere *ergo* quàm *ego*. Est enim ea illatio ex præcedentibus: Nempe quia credibile est tutorem hunc non fuisse passurum vt obligatio tempore fineretur si agere potuisset, nec tutor ipse fuisset. Quamuis enim videatur ei posse imputari cur non curauerit dari pupillo curatorem contra quem posset experiri, Non tamen sufficiens ea ratio est, propter quam debiti sui iacturam pati cogatur, cùm si qua in eo culpa fuit, causam ei sola tutela dederit. Nec enim coactus fuisset petere pupillo curatorem si alium tutorem pupillus habuisset. Sicut ergo non potest ei pupillus imputare cur tutelam agnouerit quam suscipere coactus fuit, ita neque cur damnum illud senserit, quod non sensisset si tutor non fuisset. Nam & si tutor ipse pupillo actione temporali tenebatur, nec à seipso intra id tempus exegisset, nihilominùs etiam post tempus elapsum id pupillo præstare perpetua actione teneretur *l. quoties 9. §. item si temporali D. de admin. & peric. tutor.* Quod in cæteris quoque alienorum negotiorum gestoribus obtinet *l. si autem 8. in princip. l. atquin natura 19. D. de negot. gest.* Non debet igitur pupillus recusare, quominus veniat in contrariam actionem tutelæ, quod veniret in directam, cùm vtriusque actionis potestas quantum ad hoc eandem causam habeat, quæ tutori non magis nocere debet quàm prodesse, quòd tutor fuit.

l. quoties 9. §. item si tēporali D. de admin. tutor l. si autē 8. in princ. l. atquin. 19. D. de negot. gest.

ILLATIO XXII.

De tutore qui plus impendit in pupillum quàm esset in eius facultatibus.

VIcesimosecundò ex eodem Principio fit, vt si tutor plus in pupillum impenderit quàm sit in facultatibus pupilli & quæratur an contrario tutelæ iudicio possit id consequi, distinguendum sit an expediat pupillo tutelam ita administrari an non, vt si expediat possit consequi, si non expediat absolui pupillum oporteat *l. quid ergo 3. in prin. D. eod. de contr. tute. & vtil. act.* vbi rationē Vlpianus reddit quòd non ideò tutelæ administrentur vt mergantur pupilli. Iudex igitur qui de cōtrario iudicio cognoscet, vtilitatem pupilli spectabit, & an tutor ex officio suo sumptus fecerit, Nimirum vt prouideat ne quid absit pupillo quod ei conseruare tutor debuerit, & rursum ne quid absit tutori ex eo quod ipsum ex officio in rem pupilli impendere oportuit. Nam & hoc ipsum quod fauemus tutori contrarium tutelæ iudicium exercenti, ad ipsius pupilli fauorem pertinet, cùm alioqui, vt diximus, non tam facilè inuenirentur, qui tutelæ onus libenter susciperent, si non huius indemnitatis spe ad id prouocarentur. Quod autem Bartolus quærit, quomodo fieri possit vt pupillo expediat, plus in eum impendi quàm habeat ipse in facultatibus multos casus admittere potest, præter duos illos quos adfert Bart. quorum vnus ille

l. quid ergo 3. in princ. D. de contr. tutel. & vtil. act.

est, si

est,si mota fuerat pupillo quæstio status & libertatis,& sumptus litis superaue rint facultates patrimonij, Nec enim potest imputari tutori cur tantos sumptus fecerit pro libertate quæ inæstimabilis res est *l.libertas* 106.*De regul. iur.* Alter est si tutor inceperit vtiliter,sed res habuerit postea malum euentum *d.l.* 3.§.*sufficit.* Addo enim tertium qui frequentissimè contingit, si pupillo qui locuples credebatur alimenta tutor per multos fortè annos præstiterit qualia quantáque ex pupilli dignitate optimus quisque vir fuerat arbitraturus,Postea verò euicta fortassis hereditate quæ pupilli no mine bona fide possidebatur, appareat ex postfacto non habuisse pupillum in tempus præteritum,vnde tam ampla alimẽta ei præstare tutor deberet.Aut finge iã inde ab initio susceptæ tu telæ tã egenũ fuisse pupillũ vt ipsius alimentis reditus patrimonij sufficere nõ potuerint,nec tamẽ eius vel industrię,vel habitus corporis pupillus fuerit, vt aliũde quàm ex propriis facultatib' potuerit exhiberi.Quid obsecro est his casibus quod possis imputare tutori etiãsi plus in pupillũ impẽderit,quàm ferrẽt ipsius facultates? An fortè iudex propitiis auribus pupillũ audiet tutori obiiciẽtẽ cur nõ potiùs eũ passus sit fame periclitari? At nemo audiẽdus est alteri obiiciẽs culpã ex qua ipse commodum senserit *l.si extraneus* 33.*& l.cùm in fundo* 78.§ *quòd si mulier D.de iur.dot.* Et illud vtique constat tutorem egeno pupillo alimenta de suo præstare non compelli, & si fortè post decreta alimenta ad egestatem perductus pupillus fuerit, diminui quidem exinde debere quæ decreta sunt,quemadmodum solẽt augeri si quid patrimonio accesserit *l.3.§. vlt.D.vbi pupill.educ.deb.* sed totius præteriti temporis erogationem impunitam esse oportere quæ fuit inculpata. Vnde enim diuinare tutor potuisset, quod tunc latebat? Idémque pro tutore tractari potest,si fortè pro tuendis bonis pupilli,siue aduersus improbos litigatores & vexatores, siue aduersus vim fluminis in prædia pupillaria irruentis magnos sumptus facere coactus sit,nec eo magis tamen pupilli rem seruare potuerit. Quamquam hi casus in eum videntur incidere quem Bart.non prętermisit de tutore negotium aliquod bene inchoante,sed infeliciter citra culpam tamen perficiente.

d.l.3.§.sufficit.

d.l.3.§.vlt. eod.

ILLATIO XXIII.

De tutore in hoc agente vt à pupillo consequatur liberationem.

VIcesimotertiò ex eodem Principio fit,vt contrarium iudicium ad hoc cõpetere non possit,vt quis à pupillo exigat liberationem,Nemo enim dixit contrario quem agere in hoc posse, vt tutelæ iudicio liberetur,sed tantùm de iis quæ propter tutelam ei absunt *d.l.quid ergo §.contrarium eod.tit.* De *contr.tutel.& vtil.act.* Etsi enim aliquid abesse tutori videtur,& quidem propter tutelam quandiu abest ei liberatio,cùm intersit cuiuslibet vt neque incidat in obligationem,neque in obligatione retineatur, quæ ad eum locum dubitandi ratio est, Nulla tamen actio in eam rem comparata esse potest, siquidem actio ius est persequendi in iudicio quod sibi debetur *l.nihil aliud* 51. *De oblig.& action.* Ei autem qui negat se pupillo quicquam debere ex causa tutelæ si nihil aliud ei vicissim debeatur,ne quidem liberatio debetur, Cùm liberatio præsupponat obligationem, Nemo autem ex causa tutelæ sit obligatus ob hoc solum quòd tutor fuerit, sed ob id tantùm quòd vel malè administrauerit, vel cessauerit in administratione. Quibus cessantibus, nihil est quod vereri debeat, cùm sit securus. Alioqui cogendus esset pupillus tutelæ

d.l.quod ergo 3 §. contrarium eo.

iudiciũ exercere etiam sine causa, quod à iuris regulis abhorret *tot.tit.C. vt nemo inuit. ager.vel accus.cogat.* Satisque tutori esse oportet, quod nec ipse quicquam debeat, nec ipsi debeatur. Nam si quid vel minimum sit quod ei debeatur potest arrepta inde occasione exercendi contrarij iudicij ostendere nihil se debere, atque ita consequi non modò solutionem eius quod sibi debetur, sed etiam liberationem totius tutelæ. Sed & cùm neque debet aliquid, neque ipsi debetur, nulla tamen ille indiget actione vt possit administrationis suæ rationes vltrò reddere, ex quarum redditione appareat nullam in eum tutelæ actionem exerceri vnquam posse. Et verò quis putet locupletiorem fieri pupillum ex tutoris iactura ob id solùm quòd actionem tutelæ habeat per quam inquietare tutorem possit, si eam exercendo nihil tamen sit consecuturus? Quid verò consequi potest is cui nihil debetur? Quid rursum interest tutoris, dummodo sibi suísque securitatem acquirat? Quòd si nec rationes tutoris audire pupillus velit, interpellandus est denũciationibus frequenter interpositis & ad iudicium prouocandus, ac si tùm quoque rem dissimulatione proferat, actis apud prætorem, vel præsidem prouinciæ factis voluntatis suæ rationem declarare tutor debet, Quo facto tam sibi ipsi quàm heredum suorũ securitati bene consuluisse intelligitur, Non ne ratio tutelæ postea exigi ab eo possit quandocumque agere volente pupillo, sed vt si quando aliquid ab ipso debitum fuisse apparebit, nullas tamen eius pecuniæ vsuras debiturus sit, quia non per ipsum, sed per pupillum steterit ne sciri potuerit quid & quãtum deberetur, vt vel solui posset, vel saltem obsignari ad inhibendum cursum vsurarum *l.vlt.C.de vsur.pupillar.* vbi quod dicitur de pupillo intelligi oportet de illo, non qui adhuc pupillus sit, sed qui aliquando pupillus fuit, nunc verò adultus est, cùm ante pubertatem tutelæ agere cum eo qui tutor manet, pupillus non possit nec si velit. Quare nec ratio vlla est distinguendi cum quibusdam, Vtrum adultus capax sit talium denunciationum. Quidni enim capax esse potest, qui etiam doli capax est? Ob ídque nec verendum est vt aliquando aduersus eas denunciationes beneficio ætatis restituatur, quia numquam restitutio patrocinatur minori qui in dolo fuit, quísque auxilium ætatis implorat vt ex dolo suo lucretur, & alteri detrimentum adferat. Fieri autem non potest vt nõ sit in dolo is qui toties interpellatus etiam apud iudicem noluit tamen rationes tutoris sui audire, inspicere, examinare, vt eum perpetuò teneret obligatũ. Ponimus enim nullam eum satis iustam recusandi causam habuisse. Alioqui nec in mora esset *l.sciendum 21.D.de vsur.* Ergo nec necesse est quod exigunt isti vt necessariorum præsentia adhibeatur ad supplendam, inquit adolescentis imbecillitatem. Quænam enim excusatio & allegatio imbecillitatis afferri potest, in ea re cuius faciendę tãta sit ratio ac tam manifesta? Quamquam si quis etiam necessarios adolescentis adhibere velit, vt tantò minùs sit quod sibi imputetur faciet sanè consultius, nõ tamẽ necessariò, Nisi ponas ex regionis more & municipali consuetudine ita comparatũ esse, vt neque contractus, neque denunciatio, neque aliud quicquam fieri cum minore possit sine præsentia necessariorum. Eo namque casu admittam libentissimè regionis morem seruandum esse, vt denunciationes istæ effectum habere possint. Addit Bartolus ex Bulgaro, Posse etiam iudicis officium à tutore implorari, vt nimirum cogat adultum agere, vel rationes audire ex *l.si contendat 28. D.de fideiuss.& l. Aurelius 28.D.de liber.legat.* Sed malè vt constat ex *d.l.vlt.* quæ etsi de prætoris quoque autoritate interponenda loquitur, non tamen ad aliud prodesse

l.vlt.C. de vsur.pupill.

l. si contendat 28. D. de fideius. l. Aurelius 28. De liber. legat. d.l.vlt.C.de vsur.pupill.

desse vult hanc autoritatem, quàm ad hoc vt tutor præsente magistratu voluntatis suæ rationem declaret, id est testificetur & affirmet paratum se esse rationes reddere, ad hoc vt appareat nihil se debere, aut vt si quid debeat, soluat. Nec eò vsque lex progreditur, vt dicat præsidem prouinciæ aliquid in adultũ statuere vel posse debere, neq; sanè Bulgari sentẽtiã vllomodo probant supradicti iuris loci quibus ipse nitebatur. Hoc tamẽ obseruare tutor debet qui denũciationibus istis vtitur, vt tã adulto ipsi quàm magistratui nõ tãtùm verbo, sed etiã re ipsa exhibeat rationes, & instrumẽta ad eas pertinẽtia, ne alioqui dicis tãtùm causa & perfunctoriè rationũ redditionẽ obtulisse videri possit. Solẽt autẽ hic nostri quærere post Accursium & Bartolum, Si tutor curauerit fieri sibi liberationem à pupillo iam adulto & pubere idque cum iuramento, an valeat talis liberatio, Parum accommodatè ad Vlpianum meo iudicio: Non enim Vlpiani sententia illa est, vt tutelæ liberationem vniuersalem à pupillo qui adultus est, consequi tutor non possit si fortè adultus eum liberare velit, nullo etiam interposito iuramento. Sed hoc tantùm sibi vult Vlpianus, non cõpetere tutori iudicium contrarium ad id vt cogat pupillum agere atque ita se liberet ab actione tutelæ. Respondent verò ad propositam quæstionem, Valere huiusmodi liberationem ex *Auth. sacramenta puberum C. si aduers. vendit.* quæ cõfirmat omnia gesta per puberem, qui iurauit, adeò vt nec indulgeri possit ei beneficium restitutionis auxilio ætatis, Quia, inquiunt, tametsi ea Imperatoris Friderici constitutio loquatur de contractibus, liberatio autem sit distractus, nec videatur protrahenda vltra suos terminos, vtpote quæ tam sit odiosa quàm fauorabile est beneficium restitutionis quod illa minori aufert, liberatio tamen fauorabilis est *l. Arrianus* 47. *De oblig. & action.* & præterea, inquit Bart. quando quis liberat aliquem ipse obligatur saltem naturaliter ad non petendum ratione illius obligationis naturalis, ac proinde nihil impedit quominùs ea liberatio validari possit per iuramentum. Ego verò & quæstionem ociosam & responsionem ineptam esse arbitror. Nam si hæc liberatio non valeret sine iuramento, non potest iuramentum eam validare, quia non illa Imperatoris mens fuit vt contractus à pubere initi confirmentur iuramento si alioqui sint inualidi, quod vulgo nostri & interpretes & pragmatici malè existimant, sed vt si ab initio valeant non subiaceant periculo restitutionis in integrum quemadmodum alibi scripsimus. Vel ergo quærimus, An talis liberatio valeat ipso iure, vel an ita valeat vt neque per in integrum restitutionem rescindi possit. Priore casu nihil attinet quærere de iuramento si ius ciuile inspiciamus, quia siue dicamus valere sine iuramento, non potest iuramentum additum facere vt magis valeat: Siue dicamus non valere sine iuramento certum est iusiurãdũ contra leges interpositum nullius esse momẽti ipso iure *l. non dubium* 5. *in fin. C. de legib. l. iuris gentium* 7. *§. & generaliter* D. *de pact. l. quis inquilinos* 112. *§. vlt. de legat.* I. Dixi *si ius ciuile inspiciamus*, quia fateor aliud esse iure põtificio & seruãdũ esse iusiurãdũ quoties seruari potest sine dispendio salutis æternę *c. cum contingat & pass.* D. *de iureiur. c. quãuis pactum de pact. in* 6. Posteriore verò casu, id est si quæratur de iure restitutionis in integrũ, puto nec si minor iurauerit auxiliũ tamen illud ei denegandũ esse, Non illa tantùm ratione sanè optima quam Galli adferunt, & Sabaudi probant, quod eadem facilitate minores iurant, qua contrahunt, verum etiam quia quandiu rationes redditæ non sunt eo modo, quo reddi debent, id est ita vt legendæ offerantur primùm, deinde cõputandæ vt explorari possit an imputationes pro-

Auth. sacramenta C. si aduers. vendit.

bè an improbè referantur, accepta rectè relata sint an non rectè, nesciri potest an aliquid, aut quid, aut quantum debeatur, Adeò vt nec sufficiat reliqua esse oblata in folle & sacculo, id est non priùs bene dispunctis & examinatis rationibus *l. cùm seruus 82. D. de condic. & demonstr. l. 3. §. si plus quàm iussus D. de statulib.* Non ergo potest fieri vt contingat liberatio. Prius siquidem est vt certum sit aliquem debere quàm vt eius quod debet liberationé possit sibi acquirere, vnde est quod qui sub condicione debet si ante condicionis euentũ soluerit nihilomagis liberatur, Nempe quia nihil adhuc debet *l. stipulatio ista 38. §. inter certam* D. *de verb. obligat.* Quomodo igitur liberari potest tutor qui numquam reddidit rationes, & de quo nescitur adhuc an aliquid ipse debeat, an potiùs ei debeatur? Quòd si liberatio in hoc casu posset ipso iure contingere non tamen dubitari oporteret, quin succurrendum esset minori per in integrum restitutionem, quãuis iusiurandũ interuenisse proponeretur, quia non nisi temerè ac sine certo iudicio potest ea liberatio facta esse per pupillum ignorantem quid & quantum sibi deberetur. Istas verò liberalitates incertas & hoc ipso captiosas interpretatio prudentum frangere debet *l. cùm Aquiliana 5. D. de transact.* hactenus saltem ne prætextu iurisiurandi restitutio in integrum aduersus eas denegetur, Præsertim minori qui etsi vtiliter obligari potest, siue curatorem habeat, siue non habeat *l. puberes 101. De verb. oblig.* non tamen facilè priuari debet auxilio restitutionis, sed tantò difficiliùs eo casu quo faciliùs est, vt decipiatur. Nec ei nocere debet quod iurauerit, quia iudicium vnum est ex comitibus iurisiurandi, non autem potest videri certo iudicio iurasse qui iureiurando liberauit tutorem priusquàm comperisset quid & quantum sibi à tutore deberetur. In summa debet res incipere à facto, id est à rationum redditione, deinde peruenire ad pecuniam vt loquitur *d. l. cùm seruus*, siue quæramus de obligatione, siue de liberatione illius qui rationes reddere debet.

l. cùm seruus 82. de con. & dem. l. 3. §. si plus quàm iussus D. de statulib.

l. cùm Aquiliana 5. D. de transact.

l. puberes 101. de verb. oblig.

ILLATIO XXIV.

De vsuris etiam tutori contrario iudicio præstandis.

VIcesimoquartò ex eodem Principio fit, vt quod contrario iudicio tutori debetur, admittat vsurarum accessionem, *d. §. contrarium*, vbi Vlpianus scribit tutorem per hanc actionem consequi pecuniam, quam impendit cum vsuris. Nam & idem euenit in cæteris omnibus qui pecuniam suam in aliena negotia impenderunt si postmodum agant negotiorũ gestorum *l. atquin natura 19. §. pen. ver. contra quoque D. de negot. gest.* sicut è contrario is qui aliena negotia gessit, si quid ex ea causa debeat, etiam vsuras debet *l. liberto 31. §. qui aliena l. litis 37. §. si pecunia eod. l. tutori 20. C. eod.* Et generaliter in omnibus bonæ fidei iudiciis vsurarum rationem haberi certum est *l. in bonæ fidei 13. C. de vsur.* Est enim hoc ex bona fide, vt videatur ne in damno moretur is qui negotium alienum bene gessit, Esset autem in damno si careret vsuris quas ex pecunia sua percepisset, si eam non impendisset: Quamquam enim dici solet vsuras non propter lucrum petentium, sed propter moram non soluentium infligi *l. cùm quidam 17. §. si pupillo D. de vsur.* cùm tamen tractamus de eo quod interest non tantùm inspicimus quid absit ei qui agit, sed etiam quid lucrari potuerit *l. si commissa 13. D. rat. rem haber.* quod nostri solent dicere lucrum cessans & damnum emergens, vsuræ autem in con-

d. l. 3. §. contrarium D. de cont. tut. & vtil. act.

l. atquin 19. §. pen. D de negot. gest.

l. in bonæ fidei 13. C. de vsur.

l. cùm quidam 17. §. si pupillo D. de vsur.

in contrario tutelæ iudicio debentur non similes pupillaribus,quæ sunt maximæ vt suo loco explicauimus,sed trientes tantùm vel si quæ maiores in regione frequentantur,quales sunt apud nos quincunces,dum tamen non excedant semisses.Hoc enim expressè Iustiniani constitutione cautū est ne prætextu consuetudinis quæ in regione obtinet vsuræ vnquam præstari possint maiores semissibus,extra certos casus ea constitutione exceptos in *l.eos §. cæteris C.de vsur.* Excipiendus tamen etiam est ille casus , quem Vlpianus ponit in *dict. §.contrarium*,si mutuatus sit grauioribus vsuris,& necesse habuerit mutuari vt pupillo eas ex iusta causa prorogaret,item pupillum liberauit ab vsuris grauioribus,aut si etiam ipse caruit maioribus vsuris quas à debitoribus suis exigebat. His vtique casibus omnibus non eas vsuras pupillus debebit,quæ sunt trientes aut quæ in regione frequentātur,sed eas ipsas quas tutor ipse præstitit aut quibus pupillum liberauit,Aut denique quibus caruit,si nimirum profuit pupillo pecuniam esse his condicionibus exsolutam.Planè si fortè tutor pecuniam aliquam pupillarem penes se retinuit,quam debuerit fœnerare , & ipse vicissim aliquid pro pupillo soluerit,nō id obseruabimus vt ipse pupillo pręstet vsuras pupillares,pupillus verò ipsi triētes,sed dicemus ipsū nec vsuras cōsequi debere,nec vicissim vllas præstare tanquā facta ipso iure cōpensatione quantitatis quæ hinc inde debetur:Nec enim dubitatur,quin cōpensatio fiat ipso iure,præsertim in bonæ fidei iudiciis,atque ita impediat cursum vsurarum quantum ad concurrentes quantitates vt loquitur Imp.in *l.si constat* 4.*C.de compensat.l.cùm alter* 11.*& sequent.l.posteaquàm* 21.D.*eod.*Idque est quod addit Vlp. in *d. §.contrarium vers.planè*,vbi subiicit *Quare etsi in vsus suos conuertit*, deinde aliquid impendit in rem pupillarem,definit vertisse eam quantitatem cui respondet illa quam post impendit,& exinde id est ex eo demum tempore non præstabit vsuras quas alioqui maximas debebat,pecuniæ in rem suam versæ. Nec enim videtur versum,nisi quod durat versum *l.si pro patre* 10.*§.versum* D.*de in rem vers.*Et è contrario si antè impendit aliquid in rem pupillarem mox tantundem in vsus suos vertit,non tam videbitur vertisse quantitatem quæ concurrit cum quantitate sibi debita,quàm sibi eam soluisse,vt proinde nullas eius summæ vsuras præstet.Vsuras autem pecuniæ quam in rem pupilli impendit consequetur tutor non solùm quandiu tutor erit,sed etiam post finitam tutelam quoadusque indemnitatem fuerit consecutus,id est quoad ei reddatur pecunia,Nec enim debet sterilis tutori esse pecunia *d.l.3.§.vsuras de contr.tut.& vtil.act.*Sicut & vicissim tutor eius pecuniæ qua vsus est vsuras pupillo debet non tantùm in tempus vsque finitæ tutelæ,sed etiam post depositum officium finitámque administrationem vsque in diē accepti de tutela iudicij,id est quo restituit tutelam *l.tutor 7.§.vlt.l.Lucius 46.§.quæsitum* D.*de adm.tut.l.1.§.vlt. D.de vsur.*Subiungit tamen Vlpianus in *d.§.vsuras*,Si fuit in substantia pupilli vnde posset tutor consequi quod sibi debebatur,dicendum esse non oportere illum à pupillo vsuras exigere,Nempe quia sibi potiùs debet imputare cur non sibi soluerit,cùm posset,*l.quoties 9.§.sicut autem D.de admin.& peric.tut.* Quid ergo si de re pupillari non potuit sibi soluere, fortè quia pecunia pupilli erat deposita ad prædiorum comparationem,aut redituum annuorum , aut etiam mobiliū,aliarúmve rerū quarumlibet pupillò necessariarum,ex mandato nimirum vel prætoris,vel præsidis,vel testatoris. Hunc quoque casum tractat Vlpianus,& distinguit vt siquidem non postulauit à prætore vt promatur pe-

l.eos §. cæteris C.eod.

d.§.contrarium.

l. si constat 4.C.de compens.l. cùm alter 11. & seq.l.21. D. eod.

d.§. contrarium.

d.l.3.§.vsuras De cōtr. tut. & vtil. act.

d.§.vsuras.

l. quoties 9. §.sicut autē de adm.tut.

cunia,vel cùm nondum deposita esset,vt hoc minùs deponeretur, sibi deberet imputare,quia credibile est,id eũ fuisse impetraturum si postulasset, Cùm etsi pupillaris pecunia in arcam reposita sit ad prædiorum comparationem,soleat etiam citra permissum prætoris capi ab eo qui exequitur iudicatum & in iudicati causam conuerti *l.à Dino Pio 15.§.vlt.D.de re iudic.*Si verò cùm hoc desiderasset tutor à prætore non impetrauit,dicendum est,inquit Vlpianus vsuras ei non deperire in contrario iudicio.Quid enim possis huic tutori imputare, An fortè quòd non appellauerit ab iniquitate prætoris,qui rẽ quã permittere debuerat,permittere noluerit?Minimè.Nũquã.n.is proquopronũciatũ fuit imputare aduersario potest cur nõ appellauerit *l.ait prætor 7.§.1.D.de min.*nec ad hũc casum pertinet quod scriptũ est in *l.si per imprudentiã 51. De euict.*vbi agitur de sententia per imprudentiam aut errorem,aut sordes iudicis inter alios lata.Pecuniam verò ad comparationem prædiorum depositam intelligere debemus,sicut non eam quæ tantùm destinata fuit (sola namque destinatio rei qualitatem & naturam numquam mutat *l.si id quod 58. §. 1. D. pro socio l.ligni 55.§.si lignum l.si chorus 79.§.1.de legat.3.*sed prodest tantùm ad priorem qualitatem & naturam rei retinendam *l.fundi 17.§.pen.&vlt.cum l.seq.D.de action. empt.l.qui res 98 §.aream D.de solut.*)Ita nec illam quæ fuerit redacta ex venditione rei immobilis, quomodo Zasius malè interpretatur. Nihil enim refert vnde prouenerit pecunia,cùm illa etiam quæ ex bonorum mobilium venditione redacta est possit deposita esse ad comparationem prædiorũ,hodie præsertim postquàm tutoribus remissa est fœnerandi,& iniuncta bonorum omnium mobilium vendendorum necessitas *Auth. nouißimè iunct.l.lex quæ tutores 22.C.de admin.tutor.*Hæc verò omnia non aliam rationem habent,quàm quòd ex bona fide sit huiusmodi distinctiones adhiberi; quarum æquissimo temperamento prospiciatur,ne qua siue pupillo,siue tutori fraus& iniuria fiat. Ex quo apparet,nihil cum hac Vlpiani sententia commune habere,quod Bartolus tractat ad *d.§.vsuras,*An filiofamilias currat præscriptio ratione bonorum aduentitiorum in quibus pater nullum habeat vsumfructum. Nam siue filiusfamilias petierit à patre vt præstaret sibi autoritatem ad agendum & obtinuerit,siue non obtinuerit,semper est quod ei imputetur, quare non adierit prætorem qui ex officio suo potuisset cogere ad patrem ad eam autoritatem præstandam *l.vlt.§.neceßitate C.de bon.quæ liber.* At non potuit tutor cogere prætorem vt permitteret solui quod ipsi tutori debebatur, ex ea pecunia quæ deposita erat in emptionem prædiorum,vt benè contra Raynerium disputat Bartolus.Quid ergo si adierit filiusfamilias prætorem, & ab eo petierit vt patrem cogeret præstare autoritatem,nec tamen obtinuerit ? Hoc casu videtur admissurus Bart.non debere præscriptionem currere filiofamilias cui sanè fatendum est nihil posse in hac specie imputari. Et tamen non puto ita esse,quoniam nihil refert bonæ fidei possessoris an eo absente & ignorante iniuriam filiofamilias fecerit iudex qui cogere debuerat patrem, & optimè procedit hoc casu quod scriptum est in *d.l.si per imprudentiam.* Iniuriam quæ per sententiam inter alios latam vni factã est alij nocere non debere.Nam etsi verum amamus potest adhuc isti filiofamilias imputari,cur ab ea prætoris denegatione non appellauerit.Sanè cùm agitur de filiifamilias bonis aduentitiis in quibus pater habet vsumfructum placet non currere filio præscriptionem toto eo tempore quo remanet in patris potestate, Non quia non valenti agere præscriptio

l.à Dino Pio 15.§.vlt.D. de re iudic.

Auth. nouissimè iunct. l.lex quæ tutores 22 C. de adm.tut.

l.vlt. §. necessitate C. de bon. quæ liber.

l. si per imprudentiam 51. D. de euict.

ſcriptio non currat vt vulgò interpretes tradunt, quod nos alibi refutauimus. Sed quoniam ita expreſſim conſtitutum eſt à Conſtantino in bonis maternis in *l.1.C.de bon.matern.*& in cæteris aduentitiis à Iuſtiniano in *l.1.§.vlt.C.de annal.except.* *l.1.C.de bon. matern. l.1.§.vlt.C. de annal. except.*

ILLATIO XXV.

De præſtando per contrarium iudicium etiam eo quod in rem pupilli verſum eſt.

VIceſimoquintò ex eodem Principio fit, vt iudicio contrario tutelæ præſtandum ſit etiam id quod in rem pupilli à tutore verſum eſt ſiue ante, ſiue poſt tutelam, ſi modò probetur connexum iis negotiis, quæ tutelæ tempore geſta fuerunt *d.l.quid ergo 3.§.iudicio De contr.tutel.& vtil.act.* vbi tamē verba illa *ante tutelam*, lineis interclusa delenda ſunt, potiùs quàm cum Bartolo ſic interpretanda quaſi deſit *finitam*, vt tempus tutelæ ſignificetur non quod præceſſit tutelam. Tractat enim Vlpianus in primo illo verſic. de iis tantùm quæ geſta ſunt poſt tutelam, & quod ait *vel poſt tutelam*, eum ſenſum habet ac ſi ſcriptum eſſet *etiam poſt tutelam.* Nam & conditio illa, quæ ſtatim ſubiicitur *ſi negotijs tutelæ tempore geſtis nexum probatur*, non pertinet niſi ad ea quæ poſt finitam tutelam geſta ſunt, ſicut nec tutor directò tutelæ iudicio tenetur ob ea quæ geſſit poſt finitam tutelam niſi fuerint connexa tutelæ id eſt talia ſine quibus tutelæ adminiſtratio expediri non potuerit *l.ſi tutor 13.D. de tut. & ration. diſtr.l tutorem 37.D.de admin.& peric.tutor.* Nam in iis quæ ante ſuſceptam tutelam geſſit tutor, & in rem pupilli impendit non ſolùm ſi pro tutore negotia gerebat vel ventri curator datus erat, ſed etſi pupilli tanquam alterius cuiuſlibet negotia tractabat, nulla diſtinctio adhibetur, quin veniant in contrarium tutelæ iudicium ſi modò hic poſtea tutor factus ſit, nec niſi bona fide ſumptus illos feciſſe probetur vt ſequitur apud Vlpianum, Non enim illud etiam requirimus vt fecerit vtiliter ſi modò bona fide fecerit *§.ſufficit ead.leg.* At obſtare illud videtur, quod ſupra diximus *illat.21.* non eſſe dandum tutori contrarium iudicium pro iis quorum nomine aliam eámque directam actionem poteſt habare. Verùm reſpondendum eſt, huic obiectioni locum non eſſe, cùm tutor ne alia actione experiretur motus ex eo fuit quod tutor erat, tutelæque finem expectabat, Secundum ea quæ idem Vlp. ſcribit in *l.1.§. an in hoc iudicio verſ. quid tamen eod.tit.* quod & Bart. admittit.

d.l.3.§.iudicio De cont. tut.& vtil. act.

l.ſi tutor 13. D.de tut.& rat. diſtr. l. tutorem 37. D. de adm. tut.

d.l.3.§ ſufficit.de contr. tut.& vtil. act. l 1.§. an in hoc iudicio eod.

ILLATIO XXVI.

De contraria actione tutelæ perpetuò & in heredem quoque danda.

VIceſimoſextò ex eodem Principio fit, vt contraria iſta actio tutelæ perpetua ſit, & heredi, & in heredem detur cæteróſque ſucceſſores & ad quos ea res pertinet & in eos *d.l.quid ergo 3.§.vlt.eo.* Cùm enim ideò competat ne quid abſit tutori, & ne ex ipſius iactura lucrum & prædam faciat pupillus apparet eſſe illam rei perſecutoriam, Cuiuſmodi quæ ſunt, licèt ex prætoris iuriſdictione deſcendant ſunt perpetuæ *l.in honorarijs 35.D.de oblig. & action.* Hodie tricennales ex *l.3.C.de praeſcr.30.annor.*

d.l.3.§.vlt. eod.

l.in honorarijs 35.De oblig.& act.

ILLATIO XXVII.

De contraria actione danda etiam tutori qui remotus fuit, tanquam suspectus.

l. à tutela 4. D. de contr. tut. & vtil. act.

VIcesimoseptimò ex eodem Principio fit, vt tutor qui in rem pupilli bona fide multa impenderit licèt postmodum remotus sit à tutela tanquam suspectus, ea tamen persequi possit & consequi contrario iudicio tutelæ *l. à tutela 4. D. de contr. tut. & vtil. act.* vbi rationem Iulianus reddit, quòd nihil prohibeat suspectum tutorem esse, quamuis complura in rem pupilli impenderit, quæ ipsum amittere non oportet, Ne scilicet alioquin eueniat vt ex ipsius iactura pupillus locupletetur. Nec quod tutela nondum finita sit ad rem facit, quandoquidem is qui à tutela remotus est eo loco haberi debet, quo esset iam finitâ tutelâ, Et sicut actiones patitur perinde acsi pupillus pubes factus esset, ita & permittendum ei est vt contrario iudicio possit persequi quicquid ei abest, vt in eadem lege Iulianus ait, vbi non malè Baldus notat, Eum qui ab aliquo actu remouetur non ideo perdere iura quæ medio tempore adquisiuit. Ex quo etiam infert Bart. si prælatus vel alius administrator impenderit aliquid in administrationem à qua remotus postea fuerit non eo minùs posse illum repetere sumptus à se factos, Nisi fecerit in eam ipsam rem in qua peccauit vt in Auth. *qui res* C. *de sacros. eccles.*

ILLATIO XXVIII.

De tutoris herede qui soluit summam in quam obligati fuerant pupilli.

l. pen. eo. tit.

VIcesimooctauò ex eodem Principio fit, quod Vlp. respondit in *l. penult. eod. tit.* Heredem tutoris si eam summam soluerit in quam obligati pupilli fuerunt, actionem contrariam aduersus eos habere posse: nempe quòd non tanquam alius quilibet, sed tanquam heres tutoris soluisse credendus sit, & cōsequenter ex causa tutelæ, vt vel tantò minùs deberet pupillo in reddendis tutelæ rationibus, vel tanto plus ab eo exigeret. Proinde ne quid ei absit ex hac causa, ipse etiam pupilli fauor efficit vt contrarium tutelæ iudicium huic heredi tutoris sufficere debeat nec remittendus sit ad aliam actionem, præsertim cùm pupilli non intersit qua actione conueniatur. Nec enim plus præstat actione contraria tutelæ quàm præstaret contraria actione negotiorum gestorum, Et vtraque in id tantùm & ideò tantùm competit ne locupletetur pupillus ex iactura tutoris. Quod autem ad fideiussoris heredem quidam protrahunt hanc ipsam sententiam ex *l. si ei* 11. D. *mandat.* non possum intelligere. Ibi enim tractat Pomponius non de herede fideiussoris, sed de ipso fideiussore herede sui creditoris cui fuerat condemnatus ex causa fideiussionis, Et ait, si ei cui damnatus ex causa fideiussoria fueram heres extitero posteà mandati actionē me habiturum. Cui tamen contrarium videtur quod Africanus respondit in *l. heres à debitore 21. §. vltim. D. de fideiuss.* Cùm fideiussor reo stipulandi heres extitit, non mandati agere illum debere, sed potiùs ex stipulatu quia non possit intelligi à seipso tanquam fideiussore pecuniam exegisse cùm debitor ipse maneat obligatus. Sed distinguendus est fideiussor qui reo stipulandi heres extitit posteaquam ei ex causa fideiussoria fuit condemnatus ab eo qui nondum

l. si ei 11. D. mandat.

l. heres 21. §. vlt. D. de fideiuss.

dum

dum fuerat condemnatus, Priore casu id obtinet quod vult Pomponius, Posteriore verò quod Africanus, quia non causa hereditatis inducit actionem mandati, sed causa condemnationis *l. fideiussor* 45. *eod. tit. l. Lucius* 38. §. 1. D. *mandat. l. si pro ea* 10. C. *eod.*

ILLATIO XXIX.

De tutore qui se pro pupillo obligauit.

VIcesimononò ex eodem Principio fit, vt si tutor pro pupillo se obligauerit habeat contrariam actionem etiã priùs quàm soluat *l. vlt. D. de contr. tut. & vtil. act.* itémque si quid ex bonis suis creditoribus pupilli obligauerit §. *tutores Instit. de oblig. quæ ex quas. contr.* Ratio enim est quia tutori hoc saltem abesse videtur in quo obligatus est *l. si quis mandatu* 28. *D. de negot. gest.* vbi Iauolenus ait, Ei qui mandauit, alterius negotia gerenda competere mandati actionem cum eo cui mandauit gerenda, licèt nihildum ille præstiterit domino, quia sufficit ipsius interesse. Tantum autem interesse ipsius videtur, quantum is domino præstare debeat cui vel mandati vel negotiorum gestorum actione sit obligatus. Sic & Paulus scribit in *l. si mandatu* 45. D. *mandat.* Si mandatu meo fundum emeris posse te mecum agere mandati, non solùm vbi dederis precium sed etiam antequàm des, ne necesse habeas res tuas vendere & ad hoc tantùm vt suscipiam obligationem quæ aduersus te competit venditori, Nam & ego tecum agere possum, inquit Paulus vt præstes mihi aduersus venditorem empti actiones. Ratio autem huius rationis est quia cuiuslibet interest non soluere potiùs quàm solutum repetere. *l.* 3. D. *de compens. l. si stipulatus* 15. *in princip. D. de fideiuss.*

l. vlt. D. *de cont. tut. & vtil. act.* §. *tutores inst. De oblig. quæ ex quas. contr. l. si quis* 28. *De neg. gest. l. si mandatu* 45 D. *mãdat.*

ILLATIO XXX.

De tutore qui pro re pupilli quam emit præstitit litis æstimationem ex sua pecunia.

TRigesimò ex eodem Principio fit, vt si pro re pupilli quam emit tutor litis æstimationem præstiterit non ex pecunia pupilli sed ex sua, stipulatio de euictione non tutori sed pupillo aduersus venditorem committatur *l. si pro re pupilli* 22. *in princip.* D. *de euict.* Nimirum, quia nihil videtur abesse tutori suo nomine, qui ex suo soluit litis æstimationem cùm ad illud ipsum repetẽdum habeat paratam contra pupillum tutelæ actionem contrariam. Ipsi autẽ pupillo abesse iam videtur, quicquid contraria illa tutelæ actione tutori suo reddere illum est necesse.

l. si pro re pupilli 22. D. *de euict.*

ILLATIO XXXI.

De actione protutelæ.

TRigesimoprimò ex eodem Principio fit, vt protutelæ actionem tanquam necessariam prętor proposuerit, quia cùm plerumque incertum sit vtrum quis verè tutor an verò quasi tutor pro tutore administrauerit tutelam. Idcirco in vtrumque casum actionem prætor scripsit vt siue tutor fuerit, siue non fuerit qui gessit, actione tamen aliqua ad reddendas rationes teneatur, vt Vlpian.

l.1. D. de eo qui pro tut.

tractat in *l.1. in princip. D. de eo qui pro tutor. próve curat. negot. gest.* Solent enim, inquit, magni errores intercedere vt discerni facilè non possit vtrum quis tutor fuerit, & sic gesserit, an verò non fuerit, protutoris tamen munere functus sit, Et ita facilè damnum incurreret pupillus si hanc protutelæ actionem non haberet. Ac proinde quemadmodum pupillorum fauor effecit, vt contra eos iudicium tutelæ contrarium prætor tutoribus veris dare debuerit, vt suprà diximus, Ita & illud à prætore constitui æquum fuit vt ei qui pro tuto-

l. vlt. eod.

re negotia gessit contrarium iudicium competat *l. vltim. eod.* Scilicet eadem æquitatis ratione, eodémque pupilli fauore idem ius eliciente in vtroque ca-

l. 1. §. 1. de contr. tutel. & vtil. act.

su, Vt suprà dictum est illat. 19. ex *l. 1. §. 1. D. de contr. tutel. & vtil. action.* Pro tutore autem negotia gerere dicitur quisquis cùm tutor re vera non sit, tutoris tamen munere fungitur in re impuberis, siue se putet tutorem, siue sciat se non esse, sed fingat tamen esse. Proinde etsi seruus qui verus tutor esse non potest quasi tutor egerit gerendo etiam se pro libero in necessarium antecedens, Diuus Seuerus rescripsit dandum esse in dominum ipsius hoc iudicium, non di-

d. l. 1. §. proin de De eo qui pro tutor.

rectum quandoquidem nihil dominus ipse gessit, sed vtile *dict. l. 1. §. proinde,* Ne scilicet alioqui pupillus in damno moretur, Sed & actio ista protutelæ contra eum quoque qui verè tutor sit locum habere potest, puta si quis cùm iusto testamento tutor ritè datus esset, & idipsum ignoraret pro tutore negotia pupilli gesserit, Non enim potest hic teneri quasi tutor, quia scire quoque se tutorem esse debet vt eo affectu negotia gerat, quo tutor gerere debeat *l.*

l. quæro 3. eo.

quæro 3. eod. tit. An & similiter scire debet pupillarem esse rem quam tractat? Minimè, Quisquis enim scit se tutorē esse nullam probabilem causam habere potest ignorandi an suum sit an pupillare negotium quod tractat, & quamuis aliquam habere posset, pupilli tamen fauor efficere deberet vt plus valeret quod esset in veritate quàm quod in opinione. Quamquam parum interest pupilli an tutelæ actionem habeat contra tutorem an protutelæ, cùm vtraque actio eiusdem sit potestatis easdémque habeat præstationes etiam vsurarum

dict. l. 1. § in protutela.

dict. l. 1. §. in protutela iunct. *l. in bonæ fidei 13. Cod. de vsur.* idémque priuilegium prælationis iure vetere inspecto, & tacitæ hypothecæ ex iure nouo si credimus Accursio ad *l. pro officio 20. Cod. de administr. tutor.* ex *l. dabimúsque 19. D. de reb. autor. iudic. possid.* De quo plura scripsimus suo loco. Nam & qui pro tutore negotia gerit eandem fidem & diligentiam in rebus pupilli præstare debet

l. pen eod.

quam verus tutor præstaret *l. penultim. D. de eo qui pro tutor.* Sicut & ex parte illius, cuius negotia geruntur, requirimus eam esse personam cuius ætas recipiat tutorem, id est vt sit impubes. Alioqui si quis quasi tutor negotia gesserit eius qui iam pubes est, neque tutorem habere potest protutelæ actio cessat simili modo etsi eius qui nondum natus est, sed erit his casibus negotiorum gesto-

dict. l. 1. § si quis quasi tutor. eod.

l. posthumo 24. D. de tutel. & rat. distr.

rum actio *dict. l. 1. §. si quis quasi tutor eod.* Nulla enim tutelæ significatio est iis casibus quibus tutela vera esse non posset *l. posthumo 24. D. de tutel. & ration. distr.* vbi quod additur neque negotiorum gestorum actione teneri posse illum qui posthumi numquam postea nati negotia gessit, de directa negotiorum gestorum actione intelligi debet, non de vtili quam in eum dandam esse subiicitur in eadem lege iis verbis *& ideò vtilis in eum actio dabitur.* Nam de vtili negotiorum gestorum non tutelæ actione intelligi ea verba oportere certum est, ne pugnet Paulus cum cæteris Iureconsultis qui actionem negotiorum ge-

rum gestorum in hoc casu dederunt *l.cùm pater* 29.D.*de negot.gest.l.si nemo* 19. §.*vlt.D.de testam.tutel.dict.l.*1.§.*si quis quasi tutor*,qui omnes loci proinde accipiendi sunt de vtili negotiorum gestorum actione non de directa, Alioqui non video qua ratione possit quis Paulum cum aliis conciliare,à quibus & dissensisse illum satis credibile est,vt scripsi in Rationalibus ad *dict. l.* 29. Etsi autem comparata est actio protutelæ ad exemplum actionis tutelæ, easdemque,vt diximus,habet præstationes,differt tamen in quibusdam, Et in eo maximè, quòd cum eo qui pro tutore negotia gessit etiam ante pubertatem agi potest,*dict.l* 1.§.*cum eo*,vbi ratio redditur quia tutor non est, At tutelæ agi nisi finitâ iam tutelâ non potest.*l.*4.*D.de tutel.& ration.distr.*Quare si quis post tutelam finitam negotia impuberis gesserit adhuc tenebitur actione ista protutelæ *dict.* §. *cum eo*, Nimirum si tutela finita sit aliter quàm pubertate, puta quod tutor testamento, non nisi ad certum tempus esset datus:sic enim accipi Vlpianus debet,ne dissentiat à seipso cũ postea subiiciat non aliter competere actionem protutelæ quàm si impubes adhuc sit is cuius negotia geruntur.Quod cùm ita sit quæri adhuc potest,Quid ergo necesse fuerit actionem hanc protutelæ proponi à prætore cùm pro pupilli indemnitate posset sufficere actio negotiorum gestorum:quæ similiter bonæ fidei est nec minùs plenas habet præstationes:Nam in actione tutelæ hoc dissimile est quod non eodem tempore vtraque exercetur,quod in actione protutelæ non eidem contingit. Verùm responderi potest, interesse pupilli vt habeat actionem protutelæ, non solùm propter priuilegium quod actio negotiorum gestorum nullum habet *l.vltim.* D. *de tutel. & ration. distr.* sed etiam quia vniuersalior est actio protutelæ quàm negotiorum gestorum, cùm non modò ea omnia comprehendat quæ protutor gessit,sed illa etiam quæ gerere debuit & quæ non gessit,hactenus saltem si alius gesturus fuit, Sed etsi cognito quod tutor non fuit abstinuit se ab administratione, nihilominus tenetur si necessarios pupilli non certiorauit vt tutorem ei peterent *dict.l.* 1. §. *vltim. De eo qui pro tutor.* quod in negotiorum gestore diuersum est. Numquam enim tenetur ille de iis,quæ non gessit,nisi appareat alium non quemlibet, sed diligentiorem patremfamilias fuisse accessurum ad ea negotia gerenda, ad quæ tamen huius contemplatione non accesserit. *l. si pupilli* 6. §. *vltim.* D. *de negot. gest.*iunct.*l.tutori* 10.*Cod.de negot.gest.* Planè si protutor nihil prorsus attigerit ex bonis pupilli,nullomodo tenetur,quia non potest ei imputari,cur non attigerit qui tutor non fuit *dict.l.*1.§.*vltim.*in quo dissimilis ratio est tutoris *d.l. pro officio* 20.C.*de admin.tutor.l.*1.*& tot.tit.C.si tut.vel curat. non gesser.* Quamquam non video quonam casu huic sententiæ locus esse possit. Nam si protutor ille est qui pro tutore negotia gerit,vt idem Vlp.explicat in *d.l.*1.*in princ.* quomodo potest esse protutor is qui nihil omnino gessit, nihilque attigit ex bonis pupilli?Nec enim sola opinio eius qui se falsò tutorem esse putat, facit protutorem nisi gestio & administratio aliqua accedat. Itaque quod Vlpian. scribit in *dict.l.* 1.§. *vltim.Et si quidem omnino non attingit tutelam, non tenebitur*, sic ego accipiendum puto, non quasi protutor quisquam esse possit qui tutelam non attigerit,sed acsi scriptum esset paullò apertiùs,*Et siquidem omnino non attigisset tutelam non teneretur*, Nimirum quia nec protutor eo casu fuisset.Ex eo namque videbatur posse inferri,Nec ergo si quædã gesserit, pro

l cùm pater 29.D.de negot.gest.l.si nemo 19.§.vlt.D.de test.tutel.

d.l.1.§ cum eo D. de eo qui pro tut.

l.vlt.D. de tut.& rat. distr.

d.l.1.§.vlt. De eo qui pro tutor.

l.6.§.vl.D. de neg.gest. l.tutori 10. C eod.

d.l.1.§.vlt.

cæteris quæ non gessit teneri debere. Sed non est bona ratiocinatio, quia nihil attingere hic debuit qui neque tutor neque protutor vnquam fuit. Sed qui aliquid attigit tanquam tutor licèt nihilomagis tutor sit, se tamen obligat etiam cæterorum nomine quæ non attigit, quia attingere omnia debuit qui protutor esse cœpit. Tutorem enim sola administratio non facit, at protutorem facit si cætera sint habilia. Quòd si quid prius administrauerit pro tutore, deinde tanquam verus tutor, vtique tenebitur duplici actione de eo quod pro tutore administrauit, Actione scilicet tutelæ, & protutelæ. Ista quidem, quoniam verum est eum pro tutore administrasse, Illa verò quia is prior gestus postea deuoluitur in tutelæ actionem *dict. l. 1. §. sed etsi prius.* Interest enim pupilli vt plures habeat actiones, saltem ad eligendum, Eius verò qui pupilli negotia gessit, quíque pupillum omnimodo indemnem seruare debet, nihil prorsus interest qua actione conueniatur. Cui tamen consequens non est, vt facilè & passim actio detur protutelæ contra quemlibet qui pupilli negotia gesserit cùm tutor non esset. Illud enim præterea requiritur vt animo tutoris gesserit. Finge datum quem esse curatorem impuberi fortè iam habenti tutorem, Ex ijs nimirum causis ex quibus tutorem habenti curator dari debet, De quibus in *titul. Cod. in quib. caus. tutor. habent.* Non tenebitur ille huiusmodi actione, quia curatoris non tutoris officio functus est *d. l. 1. §. si curator*, id est vt sequentia explicant quasi curator non quasi tutor gessit. Aliud erit si quis cùm tutor non esset, compulsus à prætore vel à præside dum se putat tutorem gesserit tutelam. Hic enim quamuis compulsus gesserit, teneri tamen debet actione protutelæ, quia tutoris animo gessit, nec tamen tutor verè fuit vt ibidem Vlpianus ait. Nec enim tutor quisquam fit ex eo solo quod à magistratu compellitur ad tutelam gerendam, si & iam ipse tutorem se putat, & magistratus qui eum cogit eodem errore labitur. Etsi enim priùs est vt quis tutor sit quàm ad tutelam gerendam cogi possit, Qui tamen non nisi per errorem vult consequens, non potest videri hoc ipso velle constituere necessarium antecedens, quia errantis nulla est voluntas *vulg. l. si per errorem 15. D. de iurisd. omn. iudic.* Illud tamen in hoc gestore singulare est vt quamuis neque gesserit nisi compulsus, neque ad gerendum compelli iure potuerit, nihilominùs gestionis suæ rationem reddere teneatur. Sed hoc fit ex Principio nostro, ne quid pupillo absit sicut è contrario huic quoque dandum est contrarium tutelæ iudicium si quid in ea gestione in pupilli rem impenderit, perinde acsi compulsus non fuisset, quia non debet pupillus lucrum & prædam facere ex ipsius detrimento, in pœnam compulsionis, cùm facere potiùs compulsio debeat vt neque lucrum neque damnum vllum remanere oporteat penes eum, qui compulsus fecit vt dici solet de illo, qui coactus adiit hereditatem quam alij ex fideicommisso restituere rogatus est *l. ita tamen 27. §. qui suspectam l. si patroni 55. §. qui fideicommissam D. ad SC. Trebell.* Planè quod diximus eandem ferè in omnibus rationem esse tutoris & protutoris verum est quantum ad ea quæ inter tutorem ipsum aut protutorem & pupillum geruntur, Sed non quantum ad ea quæ inter tutorem aut protutorem pupilli nomine, & cæteros. Nam si is qui pro tutore negotia gerebat cùm tutor non esset, rem pupilli vendiderit, nec ea vsucapta sit, petet eam pupillus, quamquam ei cautum sit *l. 2. D. de eo qui pro tutor.* vbi ratio redditur quòd

d. l. 1. §. sed etsi priùs.

d. l. 1. § si curator.

l. ita tamen 27. §. qui suspectam l si patroni 55. §. qui fideicommissam D ad SC. Trebell.

quòd non eadem huius quæ tutoris est rerum pupilli administratio? Quod tamen quomodo accipi debeat,& an res pupilli,siue à tutore, siue à protutore vendita vsucapi possit,alibi scripsimus.Sic & debitores pupillares qui si soluerent vero tutori liberarentur ipso iure *l.Lucius 46.§ tutela & §.vlt.D. de admin.& peric.tutor.* si soluant ei qui cùm tutor non esset,pro tutore tamen negotia gerebat,ita demum liberantur si pecunia in rem pupilli peruenerit *l.debitores 28.D.de solut.* Non enim domini & pupilli loco haberi potest is qui verè tutor non est, licèt pro tutore negotia gerat. Sed habet hæc sententia tres exceptiones, Primam illam, Nisi obligatio quam per solutionem protutori factam extinguere debitor voluit ab ipso protutore causam & originem habuerit vt in specie *l. filia 88.eo.tit.* vbi scriptum est liberationem hoc casu contingere ipso iure ex solutione facta matri,quæ pro tutrice omnia filij sui impuberis negotia tractabat non solùm si bona fide facta solutio sit, & ab eo, qui tutricem illam esse putabat,sed etiamsi ab eo qui non ignorabat tutricem non esse si modò sit illa soluendo: Hoc enim Claudius in suis ad Scæuolam notis requirit, Eo nimirum casu quo debitor soluens sciuit matrem non esse tutricem,non etiam illo,quo ignorauit.Finge pecuniam quæ erat tantùm in cōdicione collata in personam pupilli conuersam fuisse in obligationem ex stipulatione protutoris.Eadem iuris ratio facit,vt protutori facta solutio liberet debitorem. Secundam, Nisi prætor decreuerit rata esse omnia gesta per protutorem. Tunc enim valet quod gestum est non quidem ipso iure, sed tuitione prætoria propter autoritatem prætoris *l.1.§.idem Pomponius* D.*quod falsi.tutor.autor.* Tertiam, Nisi proponas solutionem factam ei qui tutor aliquando verè fuerit,sed ante acceptam solutionem tutor esse desierit, & quidē ex ea causa quam probabiliter ignorare potuit debitor qui soluit,puta ob pubertatem quæ superuenit medio tempore. Quid enim possis imputare huic qui soluit ei quem certò scit nudius tertius fuisse verum tutorem, & quem probabiliter ignorat desiisse tutorem esse? An fortè cur non fuerit diligentior in exquirenda ætate pupilli? Atquin ita fiet vt numquam tutus futurus sit, etiā qui vero tutori soluerit,nisi facta priùs diligenti illa inquisitione, Cùm nihil sit facilius quàm adferri falsas ætatis, siue suspiciones, siue probationes.Esset verò id alienum non solùm à rationibus æquitatis,sed etiam ab vtilitate pupillorum, quorum vtique interest non deterreri difficultatibus istis debitores pupillares quominùs soluant bona fide ei quem verum tutorem & aliquando fuisse sciunt & adhuc esse probabiliter credunt.Plus enim hac in re bonam fidē posse quàm veritatem constat satis ex *d.l.filia* iunct.*l. cùm plures 12.§.1.*D.*de admin.tutor.* Præsertim fauore debitoris soluentis potius quàm alterius cuiuslibet cum huiusmodi tutore qui tutor esse desiit contrahentis. Quippe æs alienum pupillo soluere necesse est, aliter verò cum eo, aut cum eius tutore contrahere non est necesse *l.quòd si minor 24.§.restitutio* D.*de minor.* Posui verò factam solutionem ei qui desierit tutor esse propter pupilli pubertatem, quia si desiisset tutor esse quod vel seruus pœnæ effectus,vel per sententiam à tutela remotus fuisset,vel per deportationem ciuis esse desiisset, difficile sanè esset vt bonam fidem posset obtendere is qui post irrogatam pœnam ei soluisset,quando fiunt ista omnia publicè,& ita vt ab omnibus sciantur. At ætatem pupilli scire non ita facile est,ne ipsi quidem tutori,cùm tempora computanda sint de momento in momentum *l.3.§.minorem* D.*de minor.* Et quemadmo-

l.Lucius 46. §.tutela & §.vlt. D.de admin. tut.

l. debitores 28.D.de solut.

l.filia 88.de solut.

l.1.§. idem Pōponius D. quod fals. tut.autor.

l. cùm plures 12.§.1 de admin. tut.

dum non facilè dignoscitur tutor à non tutore *d.l.1.in princip.* D. *de eo qui pro tut.*ita nec pubes ab impubere, nec maior 25.annis à minore *l.minor 32.D. re minor.* Maximè verò si proponatur facta solutio ei,qui & tutor ante fuerat,& adhuc esse credebatur,absente pupillo,cuius nec adhiberi præsentiam necesse est quoties contrahitur cum vero tutore. Facit enim ea res vt non possit imputari soluenti cur non cognouerit puberem iam esse illum, quem impuberem esse existimabat.Deinde quid si etiam post pubertatem adhuc tutor vulgo hic esse credebatur? Quid si pupillus ipse iam pubes factus, adhuc eum tutorem suum nominabat,& patiebatur perseuerare in cõnexa tutelæ administratione? An non videbitur & dolo fecisse,& nunc magis dolo facere,si improbet solutionem se sciente factam huic tutori tanquam vero tutori, ob id solùm quod is per pupilli pubertatem tutor esse desiisset? Quamquam autem hęc omnia obtinent,siue tutor sit soluendo,aut eius fideiussores,siue non(quia hæc distinctio non cadit in eos casus in quibus negotium cum tutore gestum sit bona fide *d.l.cùm plures 12.§.1.De admin.tutor.d.l.filia* 88.D *e solut.* Vnde enim potest diuinare is qui negotium gerit cum tutore *l.4.§.illa etiam quæstio D.de doli except.*)Multò tamen certiùs locum habet si vel tutor ipse sit soluendo,vel ipsius fideiussores,vel denique magistratus ipsi qui tutorẽ dederũt,Quoniam eo casu nihil omnino interest pupilli, qui nec potest negare quin versa sit in rem suam pecunia quæ versa est in tutelæ actionem vtiliter & efficaciter, Debitoris verò qui bona fide soluit valde interest, adeóque reipublicæ vt ex eiusmodi solutione liberatio contingat, quia cùm tutoris officium publicum sit,videretur à fide publica decipi is qui tutoris fidem & personam bona fide secutus esset. Nec quod possit à tutore idoneo eam pecuniam repetere,facit quominùs intersit ipsius non soluere potiùs quàm solutum repetere *l.3.D.de compens.l.si stipulatus 15.D.de fideiuss.* Denique hic qui aliquando tutor fuit licèt per pupilli pubertatem debitori soluenti incognitam tutor esse desierit, tamen non tam protutor dicendus est,quàm extutor,vt proinde mirum non sit plus eum autoritatis habere in administrandis rebus pupilli quàm si protutor tantum esset,quia facilius ei est retinere legitimam illam potestatem quæ penes ipsum aliquando fuit,quàm acquirere sibi eam quę legitima nunquam fuerit, Nec potest dici omnino tutor non esse qui tutor aliquando fuit,Tantum abest vt falsus tutor dici possit. Neque enim falsum in totum videri potest,quòd veritatis primordio adiuuatur, inquit Papin.in *l.cùm filius 76.§.heres meus De legat.*2.Possumus addere superioribus, Pecuniam implendæ condicionis causa posse solui tutoribus & curatoribus *l.seruus decem 68.l.Stichum aut Pamphilum 95.§.vsumfructum De solut.* At non posse solui protutori. Quod ego sic intelligo, Etiamsi in rem pupilli ea pecunia versa probaretur, Quia condicionum omnium natura illa est, vt impleri debeant in forma specifica,id est eo ipso modo qui præscriptus est consequẽter in persona illius cui fuerunt adscriptæ *l.qui heredi 44.l.Meuius 55. De condic.& demonstr.* Adeò vt neque in veri tutoris persona impleri posset condicio collata in personam pupilli si non id speciali iure in fauorem pupilli receptum esset *d.l.seruus decem,& d.§.vsumfructum*,vbi quod additur ita demum posse impleri condicionem in persona tutoris si pecunia in rem pupilli versa sit,ostendit tantò magis verum esse quod nos volumus,in persona igitur protutoris impleri nullomodo posse,nec si pecunia in rem pupilli versa probetur. Alioqui non plus iuris habere t

Extutor plus iuris habet ad liberandum debitorem quàm protutor.

l.cùm filius 76.§. heres meus de leg. 2.

l.seruus decem 68.l.Stichum 95.§. vsumfructũ de solut.

l.qui heredi 44. l. Meuius 55. De condic. & demonstr.

haberet tutor, quàm protutor, quod absurdum esset. Etsi autem alibi monuimus additionem illam Triboniani esse potius quàm Papiniani, quia indistinctè receptum est pecuniæ pupillo dandæ condicionem in persona tutoris & curatoris impleri posse, Non tamen statim consequens est vt in persona protutoris idem recipiendum sit, ne quidem cum adiectione saltem illa, si pecunia in rem pupilli versa sit, quia quod benignè & iure singulari contra rationem receptum est numquam produci debet ad consequentias *l. quod verò* 14. *D. de legib. l. quod contra* 141. *De regul. iur.* Nisi saltem illud concurrat, vt maior ratio sit in casu nouo quàm in vetere vt apud Vlpianum in *l. singularia* 15. D. *de reb. credit.* repugnante licèt Africano in *l. qui negotia* 34. D. *mandat.* Nec obstat quod solutio facta protutori liberat debitorem si pecunia in rem pupilli peruenerit *d. l. debitores.* Facilius enim est, vt tollatur obligatio per solutionem protutori factam quàm vt condicio impleatur, quoniam in obligatione tollenda ius versatur, in condicione verò implenda merum factum. Porrò facti veritate inspecta non potest dici data pupillo pecunia quæ data est protutori. Vnde etiam est quod quamuis semper ita ius fuerit vt solutio facta vero tutori liberaret ipso iure debitorem, Non priùs tamen potuerit condicio dandæ pecuniæ impleri in persona tutoris veri, quàm id benignè fuerit receptũ. Ergo quamuis impleri possit condicio in persona veri tutoris etiamsi pecunia in rem pupilli versa non sit, quoniam ita benignè receptum est, Non ideò tamen fit, vt in persona protutoris idem recipiendum sit, nec si pecunia in rem pupilli versa sit, Ac tametsi ratio aliqua esset qua persuadere posses, idem in protutore esse recipiendum, mihi tamen qui hoc nego sufficeret quòd hucusque non sit receptum.

l. singularia 15. D. de reb. cred. l. qui negotia 34. mandat.

ILLATIO XXXII.

De eo qui cum pupillo contraxit vel egit falso tutore autore.

TRigesimosecundò ex eodem Principio fit vt si quis cum pupillo contraxerit, vel egerit falso tutore autore cũ neque contracturus, neque acturus aliter fuisset quàm si tutoris autoritas intercessisset, iuuandus sit à prætore auxilio restitutionis in integrum ex prima parte edicti *De eo quod fals. tutor. autor. gest. esse dicet.* Ne scilicet contrahentes decipiantur, & ex ea deceptione lucrum ac prædam faciat pupillus dum falsus tutor adhibetur, vt Vlpianus præfatur in princip. *l.* 1. D. *ill. tit.* Eius namque edicti duæ sunt partes, Vna quæ actori pollicetur restitutionem in integrum si actor ignorauerit falsum tutorem fuisse illum qui autoritatem præstitit (scienti enim non subuenit qui sei psum decipit *d. l.* 1. *§. vlt.*) Nisi talis sit cui propria scientia non noceat, puta pupillus *l.* 3. *eo.* vel cui aduersus eam scientiã non possit denegari auxilium restitutionis fauore minoris ætatis *l.* 4. *eod.* vel quem prætor inuitum compulerit ad iudicium accipiendum *l. interdum* 5. *eod.* Altera quæ dat actionem in ipsum falsum tutorem qui dolo malo autor fuisse dicetur, vt quanti ea res erit in tantam pecuniam condemnetur, De qua in *l. nouissimè* 7. *D. eod. tit.* Prioris partis ratio illa est, quia quoties aliquis cum pupillo contrahit, nec adhibet veri tutoris autoritatem, pupillum quidem sibi non obligat, sed ipse tamen pupillo obligatur, quoniam ex vno tantùm latere subsistit contractus cùm pupillus sine autoritate tutoris, neque contrahere, neque obligari possit *l. Iulianus* 13. *§.*

l. 1. *D. quod fals. tutor. autor.*

d. l. 1. *§. vlt.*

l. 3. *eod.*

l. 5. *eod.*

l. nouissimè 7. *eod.*

l. Iul. 13. *§.*

si quis à pupillo D. de act. empt. l. non eo minus 14. C. de procur.

si quis à pupillo D. de action. empt. Idémque est si quis cum pupillo egerit non adhibita tutoris veri autoritate. Nam sentetia si qua pro eo aduersus pupillum feratur ipso iure nulla est, si qua verò aduersus ipsum pro pupillo, valet *l. non eo minus 14. C. de procurat.* vbi ratio redditur, quia minoribus, siue intra, siue extra pupillares annos constitutis, ætas in damnis subuenire, non rebus prosperè gestis obesse consueuit. Atqui cùm falsus tutor adhibetur, perinde est ex parte pupilli acsi nullus adhibitus fuisset, quia re vera nullus est, qui non nisi falsus est, Adeo vt idem sit etiamsi tutor ille adhibitus sit, quia re vera datus fuerat, sed qui tamen cauere iussus nondum cauerat *l. si tutor 4. C. in quib. caus. restit. in integr. non est necess.* Nec enim habet iste ius administrandi antequàm satisdederit *l. 1. l. vlt. & pass. C. de tutor. vel curat. qui sat. non ded.* & generaliter verum est nihil interesse an nulla prorsus tutoris autoritas interuenerit an perperam adhibita sit *l. 2. D. de aut. tut.* Sed tamen ex parte illius qui cum pupillo contrahit multũ interest an falsum tutorẽ adhiberi curauerit quẽ verũ esse existimabat, an nullũ. Si.n. nullũ adhibuerit sibi debet imputare, cur ita contraxerit cũ pupillo, séque ipsi obligauerit, & ideò restitutionis auxilium implorare nõ potest, quod numquam datur ei cui potest aliquid imputari: Sed si aliquem adhibuit quamuis falsum, quem tamen falsum esse ignorabat, hoc ipso ostendit non aliter se contracturum fuisse, quàm si tutoris autoritas interuenisset *l. falsus 11. §. sed etsi quis D. quod fals. tutor. aut.* Ob idque dignus est cui succurratur, non ne pupillo obligetur, cui voluit vtique obligari, sed vt aduersus eam obligationem in integrũ restituatur, tanquã deceptus, quia voluit quidẽ obligari pupillo, sed ita si vicissim pupillus quoq; ei obligaretur: quod nõ euenit propter adhibitum falsum tutorem. Itaque ex parte quidem pupilli neque restitutione aliqua, neque edicto vllo est opus vt indemnis seruetur, quẽ ipsum merúmque ius satis tuetur, sed ex parte illius qui cum pupillo, vel agit, vel contrahit necessaria est restitutio, & necessarium fuit edictum, cùm ipso iure sit obligatus, & æquum sit ei subueniri vt diximus. Idque Bartolus etiam post Dynum bene vidit. Sed in eo videtur mihi errasse, quod idem esse putat si quis contraxerit, vel egerit cum falso tutore, Quod non ita est. Neque enim pupillo vllatenus obligatur is qui cum falso tutore contrahit, sed is demum qui cum pupillo ipso, siue verũ tutorẽ adhibuerit, siue falsum, siue nullũ. Sicuti nec consistit iudicium quod cum falso tutore exercetur, ne quidem ex parte pupilli, sed illud demum quod cum ipso pupillo siue tutor aliquis adhibitus sit, aut verus, aut falsus, siue nullus. In eo namque differt verus tutor à falso, quod cum vero tutore acceptum iudicium, vel initus contractus etiam in quo pupillus nõ interuenerit perinde habetur acsi pupillus interuenisset, nec quicquàm interest vtrum geratur negotium cum vero tutore sine pupillo, an cum tutore & pupillo simul, quãdoquidem verus tutor hoc ipso quod talis est personam pupilli satis repræsentat. At cum falso tutore acceptum iudicium initúsve contractus nomine pupilli qui non ipse interuenerit, non potest perinde haberi acsi pupillus interuenisset, cuius scilicet personam falsus tutor numquam repræsentat, Et ob id nimirum non ita conceptus est titulus *Quod cum falso tutore negotium gestum esse dicetur*, sed ita *quod falso tutore autore*, vt intelligamus non aliter edicto locum esse quàm si cum ipso pupillo negotium gestum esse proponatur, quia nec de tutoris autoritate interponenda vnquam agitur

l. tutor 4. C. in quib. cau. non est necess. in integr. restit.

l. 2. D. de autor. tut.

l. falsus 11. §. sed etsi quis D. quod fal. tut.

Tit. Quod fals. tutor. autor. cur ita conceptus.

agitur nisi cùm pupillus ipse adhibetur. Cui enim alij quàm pupillo autoritatem præstare tutor, siue verus, siue falsus posset? Vtiq; enim sibi ipsi nõ potest. In eóque errauit etiam Haloãder, ad *l. si falso* 10. D. *eo.* vbi pro eo quod scriptũ est *si falso tutore* supple *autore* vult ille legẽdum esse *si cum falso tutore actum sit.* Tractat enim ibi Caius illum casum, quo falsus tutor fuerit autor pupillo ad iudicium accipiendum vt ostendunt postrema legis verba *acsi illo tempore vero tutore autore egisset.* Ergo casum illum quo actum sit cum pupillo ex autoritate falsi tutoris, non cum ipso falso tutore. Sensus autem legis alioquin obscuræ ille est, vt si quis cum pupillo egerit autore falso tutore, & interea exierit dies actionis quæ contra pupillum temporalis competebat, aut res actoris vsucapta sit, tanquam non interrupta vsucapione per litis contestationem, quę nulla fuerit, nec esse potuerit cum pupillo verum & legitimum tutorem non habente, omnia ista incommoda præscriptionis & vsucapionis perinde sustinere debeat falsus tutor, acsi illo tempore vero tutore autore egisset is qui egit, Debet enim falsus hic tutor qui actorem decepit dolo malo præstando autoritatem pupillo, indemnem seruare actorem cui tempus actionis periit aut cuius res interim vsucapta fuit, vt non magis actori quicquam pereat, quàm si vero tutore autore egisset. Atqui si vero tutore autore egisset nullum damnum passus fuisset, quia ex die actionis institutæ certum esse cœpisset, neque actionis diem exire, neque cœptam rei petitæ vsucapionem impleri amplius vnquam posse. Ergo quamuis non idem fieri potuerit per contestationem factam cum pupillo cui falsus tutor autoritatem præstiterit iudicij accipiendi, perinde tamen indemnis seruandus est actor, sed alia ratione, & via: nimirum condemnato ei tutore falso, *Quanti ea res erit*, vt habent verba edicti de quo in *dicta l. nouissimè in princip.* Tanti autem res est, quanti sunt incommoda quæ patitur actor ex eo quod falsus tutor pro vero adhibitus fuit. Quid ergo? An impune fecerit falsus tutor qui pro pupillo absente iudicium acceperit? Ita sanè quod ad huius edicti causam pertinet. Neque enim casus ille verbis edicti comprehensus est, cùm vtraque pars edicti de illo loquatur qui cùm tutor non esset, dolo malo autor pupillo fuerit ad contrahendum, vel quod pene idem est ad iudicium accipiendum, siquidem in iudicio quasi contrahitur *l. 3. §. idem scribit* D. *de pecul.* Et ratio ita concipiendi edicti illa fuit vt diximus, quia neque iudicium, quod cum falso tutore exercetur, neque contractus cum falso tutore initus citra ipsius pupilli interuentum, prodesse vllomodo potest pupillo ob idque nec causa vlla fuit dandæ restitutionis contra pupillũ ex prima parte edicti, aut actionis contra falsum tutorem ex secunda parte, Magisque potest imputari ei qui solius falsi tutoris personam aut fidem sequitur, non prius bene explorato eo an verus tutor esset an falsus, cùm agere vellet aduersus pupillum cuius personam debebat scire non posse repræsentari ab alio quàm à vero tutore, Quàm ei qui ipsius pupilli personam adhibet, cum falsi tutoris autoritate. Habet enim hic personam aliquam cum qua possit agere licèt minùs legitimã, Ille verò nullam. Planè nõ erit impunitus dolus falsi huius tutoris qui solus & sine pupillo iudicium susceperit, quia saltem ad litis sumptus condemnabitur vt improbi litigatores solent. Egregiè autem errat Bartolus qui ad *d. l. si falsò* notat eius legis sentẽtiam illam esse, vt ex causa iustæ ignorantiæ possit quis petere in integrum restitutionem, Quasi Caius scripserit, si falso tutore autore actum sit, & interea dies actionis exierit aut res

l. si falso 10. *D. eod.*

d. l. nouissimè 7. *in princ. eod.*

Reprehẽsus Bart ad d. l. si falso.

dum est quod generaliter Paulus scribit in *d.l.4.eod.tit.* Minori 25. annis succurrendũ esse etiamsi scierit, Nempe tanquã minori qui facilitate sua seipsum deceperit, non tanquam ei qui deceptus sit à falso tutore. Habebit autem hic pupillus beneficium restitutionis ex capite edicti de minoribus aduersus damnum, quod adfert ei scientia legitimi tutoris non solùm si aliter ei cautum non sit de indemnitate, sed & si indemnis seruari possit à tutore, vel à tutoris fideiussoribus, quia ipsius interest, vt ei res sua restituatur, potius quàm vt incertum cautionis euentum expectare teneatur. Erit verò restituendus non ad hoc vt habeat restitutionem (nec enim restitutio vnquam datur ad hoc ipsum vt comperat restitutio alia, ne fiat progressus in infinitum) sed vt huic pupillo res sua restituatur, vt lex ait. Extra hunc casum quo pupillus sit is qui agit, siue petat restitutionem ex edicto *De minor.* siue ex edicto *Quod fals. tutor. autor.* non aliter videtur mihi audiẽdus, quàm si alia actione ordinaria indemnitatem consequi non possit. Id enim agit prætor vtraque parte edicti vt indemnem eum seruet contra falsi tutoris deceptionem, non etiam vt extraordinarium restitutionis auxilium ei offerat illo casu quo possit sufficere ordinarium *l.in causa 16 in princip. D.de minor.* Excipio eum casum quo minoris iusta sit adfectio ad rem suam potiùs habendam, quæ maiorum ipsius fuerit *l.si in emptionem 35. D.de minor.* Tunc enim licèt iam pubes ille sit non erit excludendus à beneficio restitutionis ob id solùm quòd alia actione indẽnitatem consequi possit. Hanc verò nostram sententiam, quæ vult ita demũ competere restitutionẽ ex illo edicto *Quod fals. tutor.* si non possit indemnitas seruari à falso tutore, illud etiam probat quod scriptũ est in *d.l si falso.* Nã si priore loco exerceri posset restitutio quam prætor prima illius edicti parte pollicetur, vix dici posset quodnã incõmodum sustinere deberet falsus tutor conuentus ex secũda parte edicti, Cùm posset actori obiicere, Nihil ei deperiisse etiãsi dies actionis exierit, vel res eius vsucapta sit, quandoquidẽ id omne recuperari potest petita in integrũ restitutione. Nec.n. abesse quicquam ei videtur qui potest indẽnis seruari licèt non nisi per in integrũ restitutionem *l. 1. §. idẽ Pomponius refert D.de dolo mal.* Sed & ratio ipsa non tantùm iuris verùm etiã æquitatis facit vt pupillo cui falsus tutor autoritatẽ præstitit magis quàm falso tutori fauere debeamus. Habet enim ille pro se iuris rationem, eámque nimirum ob causam non potest inquietari nisi per restitutionem in integrum, Qui verò dolo malo autoritatem adhibuit sicuti nulla iuris ratione adiuuatur, ita nec æquitatis colore vllo defendi potest. Non tam enim iuris ratio contraria est dolo, quàm ęquitas: Ideóque mirum non est si accommodetur exceptio ordinis pupillo, quæ falso ipsius tutori accommodari nõ potest. Dices fortasse, ita ergo futuram inutilem primam partem edicti, *Quod fals. tutor. aut.* cùm vix sit vt non semper electurus sit actor actionem ordinariam cõtra falsum tutorem potiùs quàm extraordinariam contra pupillum, præsertim quòd potentior soleat esse caũsa pupilli, quia fauorabilior est *arg.l.3. §.1. D.de alien. iud. mut. caus. fact.* At respõdeo, immò verò non fore inutilẽ, Non ob id solùm quòd fieri facilè possit, vt falsus tutor non sit idoneus, sed etiam quia non aliter dat prætor actionem in falsum tutorem quàm si probetur dolo malo autoritatẽ suam accõmodasse *d.l. nouißimè 7. l. falsus tutor 11. § 1. D. quod fals. tut.* Doli autẽ probatio plerũque difficillima est, cùm non nisi ex manifestis, siue indiciis, siue insidiis colligatur *l. dolũ 6. C. de dolo.* Ad exercẽdã verò restitutio-

l.4.eod.

l. si in emptionem 35. D.de minor.

d.l.si falso.

l.1.§. idem Pomponius refert D. de dolo mal.

d.l. nouissimè l. falsus tutor 11. §.1. eod. tit. quod fals. tut. autor.

nem nihil aliud probare actor debet, nisi quòd falsus tutor sit is qui adhibitus fuit, Falsus autem probatur hoc ipso quod non potest probari verus. Sed de his omnibus dicendum erit latiùs & accommodatiùs ad *tract. De in integr. restit.* Nam & debuerat hic *tit. Quod fals. tutor. autor.* referri à Triboniano in tractatum illum *De restitutionibus*, cùm sit hæc species vna in integrum restitutionis, licèt pertineat etiam ad tractatum *De tutelis*.

ILLATIO XXXIII.

De eo qui interrogatus falsò respondit se tutorem esse.

TRigesimotertiò ex eodem Principio fit, vt quamuis ex eo, quod interrogatus quis tutorem se esse responderit nulla actione teneatur, id est ne quidem interrogatoria, quoniam si qua competeret danda esset contra eũ tanquam contra tutorem, ac proinde non tã ipsius tutoris quàm pupilli nomine, cui sic noceret mendacium tutoris quod iniquum esset (suum enim cuique mẽdacium non alteri nocere debet) si tamen responso suo adolescentem in aliquam captionem induxerit, id est fecerit, vt ex eo mendacio damnum aliquod pupillo irrogatum sit, vtilem actionem aduersus eum pupillo dari oporteat. *l. vlt. D. quod fals. tutor. autor.* Nempe, quòd alioqui ex facto & mendacio tutoris maneret pupillus in damno: quod ne eueniat cauere semper prætor aliúsve quilibet magistratus & potest & debet.

l. vlt. D. quod fals. tut. autor.

ILLATIO XXXIV.

De pupillo qui rem suam amisit, mauúltque eam habere, quàm indemnitatem consequi à tutore.

d. l. pupilli 6. eod.

TRigesimoquartò ex eodem Principio fit, quod scriptum est in *d. l. pupilli 6. eod. ti. Quod fals. tutor. aut.* vt si pupillus aliquomodo circumuentus sit, atque ita rem suam amiserit, permittendum ei sit agere vt sibi res sua restituatur si eam præcisè habere malit, quàm indemnitatem consequi à tutore aut à fideiussoribus tutoris, aut denique à magistratu ipso qui tutorem dedit, In summa quamuis idoneè ipsi cautum sit, Nempe quia non omnimodo videtur indemnis seruari is cui res sua abest, licèt pro re habeat æstimationem, etiam cũ omni eo quod ipsius interesse potest. Ita enim fieret vt rem suam cogeretur vendere, quod tamen facere nemo cogitur *l. non enim 9. D. rer. amot.* Nec si iniustum & incommodum precium offeratur *l. nec quasi 70. D. de rei vindicat.* vbi malo cum Haloandro legere *iniusto precio*, quàm vt vulgo *iusto*.

l. nec quasi 70. D. de rei vindic.

ILLATIO XXXV.

De satisdatione tutorum.

TRigesimoquintò ex eodem Principio fit, vt tutoribus omnibus iniuncta sit necessitas satisdandi, Nisi vel testamento dati sint, vel ex inquisitione *tot. tit. de satisd. tutor. vel curat. infr.* vbi Iustinianus scribit, Ne pupillorum, pupillarúmve, & eorum qui, quæve in curatione sunt negotia à tutoribus curatoribúsve consumãtur, vel diminuãtur, curare prætorem debere vt & tutores & curatores eo nomine satisdẽt, si neq; sint testamẽtarij, neq; ex inquisitione dati.

Tit. De satisd. tutor. vel curat.

Exci-

Excipiuntur enim testamentarij quia fides eorum & diligentia ab ipso testatore adprobata est, Qui verò ex inquisitione dati sunt, quia idonei electi sunt, & fides inquisitionis pro vinculo cedit cautionis, Vt loquitur Papin. in *l. si impuberi* 13. *in fin. D. de tut. & curat. dat.* Et tamen subiungit ibid. Iustinianus, Etiamsi ex testamento vel inquisitione duo pluresve tutores dati fuerint, posse vnum offerre satisdationem de indemnitate pupilli vel adolescentis, & contutori suo vel concuratori præferri vt solus administret, vel vt contutor aut concurator satis offerens præponatur ei vt & ipse solus administret. Itaque per se non potest petere satisdationem à contutore suo vel concuratore, sed offerre ipse debet vt electionem det contutori vel concuratori suo vtrum velit satis accipere an satisdare. *l. testamento* 17. *in pr. D. de testam. tutel.* de cuius sententia suprà scripsimus ad *Princip.* 2. *illat.* 6. Quòd si nemo tutorum vel curatorũ satis offerat, siquidem præscriptum fuit à testatore quis gerat ille gerere debet. Cur non enim parentis voluntati stetur, qui vtique filio bene prospexit *l.* 3. *§.* 1. *D. de adm. & peric. tutor.* Quod si non fuerit à patre adscriptum is omnimodo gerere debebit, quem maior pars elegerit *l. quòd si fortè* 14. *§.* 1. *D. de solut.* Idque ipso etiam prætoris edicto cauetur. Sin autem ipsi tutores dissenserint circa eligendum eum vel eos qui gerere debent, prætor suas partes interponere debet, & adhibere illam causæ cognitionem, de qua in *d. l. testamento §. vlt. cum ll. seqq.* Idem & in pluribus tutoribus vel curatoribus ex inquisitione datis comprobandum est, vt maior pars eligere possit per quem administratio fiat. Et vt in summa is semper præferatur qui meliùs possit indemnem seruare pupillum vel adolescentem, Quod & in legitimis tutoribus obtinere ostendimus ad *dict. Princip.* 2 *illat.* 6.

l. si impuberi 13. *in fin. D. de tutor. & cur. dat.*
l. testamento 17. *in pr. D. de test. tutel.*
l. 3. *§.* 1. *de adm. & peric. tutor. l. quòd si fortè* 14. *§.* 1. *D. de solut.*
d. l. testamẽto § vl. cum legib. seqq.

ILLATIO XXXVI.

De tutore vel curatore qui satisdare iussus non satisdedit.

TRigesimosextò ex eodẽ Principio fit, vt si tutor vel curator satisdare iussus sit, nec satisdederit, nihil interim possit administrare non magis, quàm si numquam tutor datus esset *l.* 1. *& vlt. & pass. C. de tutor. vel curat. qui satis non ded.* quia legitimus tutor non habetur sed falsus qui non cauit cùm cauere debuerit *l. si tutor* 4. *C. in quib. caus. restit. in integr. non est necess.* vbi dicitur vsque adeò irrita & nullius momenti esse quæ per tutorem hunc geruntur, vt nec vlla pupillo sit opus restitutione ad ea rescindenda. Voluit enim ciuilis legislator ante omnia cautum esse pupillo, ne quid ei absit. Nihil autem abesse potest facto tutoris, quandiu tutor ipse administrandi ius nullum habet. Immo, inquies, aberit si res ipsius interim pereat nemine administrante. Verùm quod dicimus, Tutorem vel curatorem qui satis non dedit nihil interea posse administrare, nõ exonerat tutorẽ vel curatorẽ quominùs teneatur indemnitatẽ præstare acsi administrasset, quin potiùs eum obligat vt eius quoque temporis quod satisdationem præcessit rationem reddere debeat, non quasi administrauerit, sed quia per eum stetit ne administrauerit, hoc ipso quod per eum stetit ne satisdederit. Moram enim facit in eo quod est consequens, quisquis facit in eo quod est antecedens *l. si quis seruo* 84. *de legat.* 2. *l. si cui legatum* 92. *in fin. De condic. & demonstr.* Itaque tutor qui satis non dedit etsi tutor non est quantum ad ea in quibus damnum pupillo irrogare posset, pro tutore tamen

l. 1. *& vlt. C. de tutor. vel cur. qui sat. non ded. l. si tutor* 4. *C. in quib. caus. rest. in integr. non est necess.*
l. si quis seruo 84 *De leg.* 2. *l. si cui* 92. *in fin. De cond. & demonstr.*

habetur quantum ad hoc vt pupillo cessationis suæ rationem reddere teneatur, quia & generale est vt condicio pro impleta habeatur in præiudicium duntaxat non etiam in vtilitatem eius per quem stat quominùs impleatur *l. iure ciuili* 24. *eod. l. in iure ciuili* 161. *De regul. iur.* iunct. *l. qui potest facere* 174. *eod.* Benè tamen prouisum est pro minorum vtilitate vt nisi tutores & curatores caueant pignoribus captis coerceantur, *§. penultim. Instit. de satisd. tutor.* quæ strictiora remedia vocat Imp. in *l. 3. Cod. de suspect. tutor.* quomodo etiam accipi debet *l. si quis* 9. *D. de muner.* Nam & sic olim Senatores in Senatum venire cogebantur.

§. pen. inst. de satisd.

ILLATIO XXXVII.

De fideiuss. & nominat. & hered. tut. & curat.

TRigesimoseptimò ex eodem Principio fit, vt etiã fideiussores & heredes fideiussorum tutoris ad eandem vsurarum rationem reuocandi sint, ad quam & tutor ipse reuocaretur *l. 3. D. de fideiuss. & nomin. & heredib. tutor. & curat.* Vt nimirum vsuras pupillares, id est maximas præstare teneatur, Quia nec aliter posset videri benè cautum pupillo ne quid ei abesset, si non easdem vsuras consequeretur à fideiussoribus tutoris eorúmve heredibus quas & ab ipso tutore consequi potest tanquam acceptis fideiussoribus in omnem causam tutelæ licèt in stipulatione fideiussionis nihil de vsuris dictum sit vt in *l. quæro* 54. *D. locat. l. 2. §. penultim. D. de administr. rer. ad ciuit. pertin.* Alia ratio est vsurarum eius pecuniæ quam cùm pupillaris esset heres tutoris agitauit & exercuit, Etsi enim eas quoque præstare tutoris heres debet, tamen non semper maximas, & pupillares debet, sed quantas & cuius temporis vsuras præstare debeat, ex bono & æquo constitui à iudice oportet *l. cùm ostendimus* 4. *§. vsuras eo. tit.* Ita fit vt mitiùs agatur cum tutoris herede quàm cùm fideiussoribus & heredibus fideiussorum tutoris. Sed alio atque alio respectu, nã pro eo tempore quo tutor vixit & tutelam vel gessit vel gerere debuit, eadem omnium ratio est in omnibus quæ ipsius tutoris. Sed pro eo tempore quo heres ipse tutoris gessit, ac proindè iam defuncto tutore, & pro ea pecunia quam administrauit, mirum non est si mitiùs cum eo agatur, quàm cùm tutore ipso, nec est quod fideiussores heredésque fideiussorum tutoris ei inuideant, quorum nullus est qui pro eius temporis administratione conueniri vllomodo possit, Vt neque conuenirentur propter ea quæ post pubertatem nulla necessitate cogente, sed ex voluntate sua tutor administrasset *l. Lucius* 46. *§. Paulus respondit D. de administr. & peric. tutor.* In eo namque deterioris condicionis est heres tutoris, quod quamuis tutor non sit, tamen non solùm tenetur ad explicanda ea quæ per defunctum inchoata sunt si & legitimæ ætatis & masculus sit, in quibus dolus eius admitti potest *l. 1. D. de fideiuss. tut.* Verùm etiã si post mortem tutoris heres ipse negotia pupilli gerere perseuerauerit, aut in arca tutoris pupilli pecuniam inuenerit & consumpserit, vel eam pecuniam quam tutor stipulatus fuerat exegerit (quod enim tutor stipulatus fuit non modò ipsi sed & ipsius heredi bene soluitur) placet eum tutelæ iudicio suo nomine teneri *d. l. cùm ostendimus* 4. *in pr. eod.* vbi rationem Vlp. reddit, quòd cũ permittatur aduersus heredem ex proprio dolo iurari in litem, apparet eum iudicio tutelæ teneri ex dolo proprio. Negligentia planè propria heredi tutoris non

l. 3. D. de fideiuss. & nominat. tut. & cur.

l. quæro 54. *D. locat. l. 2. §. pen. De adm. rer. ad ciuit. pertin. l. 4. §. vsuras eod.*

l. Lucius 46. *§. Paulus D. de adm. tut.*

l. 1. D. de fideiuss. tut.

d. l. cùm ostendimus 4. *in princip. eod.*

non imputabitur vt ibidem subiungit Vlpianus, in eóque vno melioris condicionis est heres tutoris quàm tutor ipse, Quod tamen quomodo accipiendum sit alibi tractauimus.

ILLATIO XXXVIII.

De fideiussoribus tutorum obligandis etiam citra stipulationem.

TRigesimooctauò ex eodem Principio fit, vt quamuis fideiussores non soleant obligari nisi ex stipulatione *l. blanditus* 12. *C. de fid.* Si tamen fideiussores à tutoribus nominati præsentes fuerunt & non contradixerunt, nomináque sua in acta publica referri passi sunt, æquum sit perinde illos teneri atque si iure legitimo interposita stipulatio fuisset. *d. l. 4. §. vlt.* De *fid. tutor.* vbi additur eandem causam esse adfirmatorum qui scilicet cùm idoneos tutores esse adfirmauerint, fideiussorum vicem sustinent, Quamuis alioqui non soleat quis teneri ex eo solo quod aliquem idoneum esse adfirmauit, Nisi vel dolo malo & alterius decipiendi gratia id fecerit vt in *l. & eleganter* 7. *§. vlt. cum l. seq. D. de dolo.* Vel ita adfirmando suasor & mandator fuerit, vt cum alio contraheretur vt in *l. in causa* 13. D. *de min. l. si verò non remunerandi* 12. *§. si quis mandauerit* D. *mand.* quorum neutrũ euenit cùm nominati à tutore fideiussores simpliciter idonei adfirmantur, Cur verò æquum est istos omnes teneri contra strictam iuris communis rationem? Nimirum, quia æquitatem & ius ciuile & prætor æstimat ex publica vtilitate ad quam sanè pertinet vtilitas pupilli, quæ porrò suadet, vt & fideiussores & fideiussorum adfirmatores, quos vulgò pragmatici nostri hodie *collaudateres* vocant, pupillis obligentur, vt iis cautum sit ne quid per occasionem tutelæ iis absit. Ideóque bene Bart. post Iacob. de Aret. notat non alia ratione niti quod scriptum est in *d. §. vlt.* quàm fauore pupillorum, nec proinde Vlpiani sententiam extra suos terminos extendi debere, Nisi in eo, inquit, quòd si quis accusetur de crimine aliquo, & ab eo petatur fideiussor de condemnatione soluenda, qui cùm præsens esset non contradixerit, æquè dicendum est fideiussorem obligari etiam nulla interposita stipulatione, Quia respublica & pupillus æquiparantur *l. respublica* 4. & ibi not. *C. quib. ex caus. maior. l. rempublicam* 3. *C. de iur. reipub. lib.* 11. *tit.* 29.

d. l. 4. §. vlt.

Fideiussorũ adfirmatores.

l. 4. C. ex quib. caus. maior. l. 3. C. de iur. reipub.

ILLATIO XXXIX.

De reputationibus faciendis etiam per fideiussores tutoris.

TRigesimononò ex eodem Principio fit, vt si cum fideiussoribus tutoris ex stipulatione, Rem pupilli saluam fore agatur, easdem reputationes habere debeant, quas tutor ipse haberet si cum eo ageretur *l. si cum fideiussoribus* 5. D. *eod. tit.* De *fideiuss. tutor.* Nam cùm ratio propter quam admittendæ sunt reputationes tutoris in iudicio tutelæ, non alia sit quàm ne pupillus ex tutoris sui damno locupletetur, quæ ratio etiam contrariam tutelæ actionem induxit vt in superioribus ostendimus, Nemo non videt eandem rationem vrgere pro fideiussore tutoris, quandoquidem & hic tutoris locum obtinet cùm ex fideiussionis causa conuenitur.

l. 5. D. de fid. tut.

ILLATIO XL.

De beneficio diuisionis dando fideiussoribus ex persona tutorum.

l. pupillus 6. eod. tit.

QVadragesimò ex eodem Principio fit, quod Papinianus respondit in *l. pupillus 6. eod. tit.* Si pupillus contra tutores eorúmque fideiussores à singulis separatim datos iudicem acceperit, & iudice defuncto priusquàm ad eum iretur contra solos fideiussores alter iudex datus sit, officio cognoscentis conuenire si tutores omnes soluendo sint, & administratio non dispar, sed communis fuit, (alioqui pro administrationis partibus diuisionem actionis tutelæ fieri oporteret *l. Diui 31. D. de admin. & peric. tutor.*) portionum virilium rationem admittere ex persona tutorum, Id est permittere fideiussoribus, vt ex persona tutorum quorum fideiussores sunt possint excipere periculi societatem vt idem Papin. loquitur in *l. si plures 38. eod. tit. De administr. tutor.* & obiicere exceptionem diuisionis quam tutores ipsi haberent, Ne scilicet quisquā ex fideiussoribus conueniatur supra eam partem, pro qua tutor ipse, cuius hic fideiussor est, conueniretur. Ita enim fit vt perinde consulatur optimè pupillo cui nihil abfuturum sit, & fideiussoribus tamen succurratur, quorum sanè interest vt non deterioris condicionis sint quàm is esset pro quo conueniuntur: & vt non soluant quod pro cæterorum contutorum portionibus debetur, potiùs quàm vt solutum repetant ab iis ipsis contutoribus pro quibus numquam fideiusserunt *l. 3. D. de compensat. l. si stipulatus 15. in princip. D. de fideiuss.* Atqui contutores qui simul tutelam gesserunt si singuli in solidum conueniantur habent beneficium diuisionis exemplo fideiussorum *l. 1. §. nunc tractemus D. de tutel. & ration. distr.* in eóque sunt melioris condicionis quàm correi debendi iure vetere inspecto ex quo non habebant illi beneficium diuisionis, quod primus Iustinianus iis dedit *Nouell. 99. De duob. reis.* Cur non ergo ex ipsorum persona eodem iure vtentur ij qui pro ipsis fideiusserunt? Nam & in ipsis correorum debendi fideiussoribus idem hodie obtineret, quamquam olim non obtinebat *l. inter eos 51. §. duo rei D. de fideiuss.* Ex quo loco apparet in fideiussoribus tutorum duplex diuisionis beneficium locum habere. Vnum ex persona tutorum, de quo in *dict. l. pupillus*, Alterum ex ipsorum fideiussorum propria persona vt si vnius tutoris plures fideiussores fuerint, neque conueniendi sint supra eam partem quam tutor ipse deberet pro quo fideiusserunt, neque pro ea etiam parte nisi in viriles. Hoc enim posterius beneficium diuisionis quod ex propria persona habent multò minùs iis denegari potest, quod neque correorum debendi fideiussoribus denegaretur, qui pro singulis correis interuenissent *d. §. duo rei.*

l. Diui 31. De admin. tutor.

l. si plures 38. eod.

l. 1. §. nunc tractemus D. de tutel. & rat. distr.

l. inter eos 51. §. duo rei D. de fideiuss.

ILLATIO XLI.

De fideiussoribus qui vt tutor prior conueniretur promiserunt pupillo indemnitatem.

l. si fideiussores 1. De fideiuss. tut.

QVadragesimoprimò ex eodem Principio fit, quod idem Papinianus respondit in *l. si fideiussores 7. eod. titul. De fideiuss. tutor.* Si fideiussores qui rem saluam fore pupillo cauerant petiissent ab adolescente vt tutorem antè conueniret, atque ideò stipulanti promiserint se reddituros quod à tutore seruari

seruari non potuisset, Actionem residui inter eos tempore litis contestatæ soluẽdo essent æquè diuidi debere acsi ex priore fideiussionis stipulatione cõuenirẽtur, quia licèt ita promittendo videantur recessisse à priore forma fideiussionis secundum quam poterat adolescens ab initio eos eligere, eorúmque singulos quidem pro virilibus partibus, sed omnes tamen simul in solidum conuenire, quasi tacita quadam nouatione facta vt Baldus loquitur, Re tamen meliùs inspecta tantum abest vt fideiussoriam obligationem siue expressè, siue tacitè nouauerint, vt è contrario fideiussorum onus hoc ipso suscepisse videantur. Quodnam enim aliud fideiussorum onus est, aut quam aliam ob causam fideiussores accipiuntur, nisi vt cùm debitor lapsus fuerit facultatibus, possit creditor ab iis quos sibi pro debitore obligauit suum consequi *§. vltim. Inst. de replicat.* Secunda igitur promissio quæ in consequentiam prioris facta est, nec proinde minùs quàm prior ex causa fideiussionis, non potuit auferre fideiussoribus beneficium diuisionis, quod haberent si cessante secunda conuentione pro tota quantitate ex priore stipulatione conuenirentur. Cur verò tam humaniter cum fideiussoribus istis agimus? An quia nouatio tacita non tollat beneficium legis vt vult Baldus? Nihil minùs. Nulla enim hìc, vt iam diximus, aut expressa, aut tacita nouatio est. Sed quia nulla ratio est cur miseris fideiussoribus, qui pro alio fidem suam obstrinxerunt beneficium hoc auferatur quod habent ex epistola Diui Hadriani, cùm pupillo non eo minùs cautum sit, cui certum est nihil absuturum esse, siquidem ponimus omnes eos inter quos diuisio fit, soluendo esse. Nam nec inter alios diuisio ista fit quàm qui litis contestatæ tempore idonei reperiuntur *dict. l. inter eos* 51. *§.* 1. D. *de fideiuss.* Esset quidem fauorabilius pupillo si aduersus singulos fideiussores in solidum agere ipsi liceret, ne in plures aduersarios distringeretur, quæ res non paruum incommodum adferre solet *l. & ancillarum* 27. *§. vlum. D. de pecul.* cùm inducat solutionis per partes accipiendæ necessitatem, *l.* 3. D. *famil. ercisc. l. communi* 7. D. *commun. diuid.* Sed numquam audiendus est pupillus si priuilegium postulet cum alterius iniuria *l. sed cùm ab herede* 12. *D. ad SC. Trebell.* & vt Principium nostrum habet, Ei fauendum est hactenus duntaxat, vt nihil ipsi absit, nec moretur ille in damno. Addit Papinianus rationis loco, *nam etsi mandato plurium pecunia credatur, æquè diuiditur actio*, scilicet inter mandatores, quoniam eadem æquitatis ratio quæ diuisionis beneficium inter fideiussores induxit, etiam inter mandatores locum habet, quòd omnes sint intercessores, & pro alio obligati. Subiungit Papinianus *si enim quod datur, pro alio soluitur* (nam ita legendum & interpungendum textum esse arbitror) *cur species actionis æquitatem diuisionis excludit?* Sensus est, Cùm de diuisionis beneficio inducendo agitur, nihil aliud esse inspiciendum nisi an quod datur, pro alio soluatur, Nec proinde quicquam referre an contra fideiussores istos agatur ex priore stipulatione fideiussoria an ex posteriore. In summa vult Papinianus dicere non titulum actionis sed causam debiti respiciendam esse quomodo Tryphoninus loquitur in *l. tutor* 69. *De solut.* Causa verò debiti proculdubio à fideiussione est.

d. l. inter eos 51 § 1. D. de fideiuss.

l. sed cum ab herede 12. D. ad SC. Trebel.

Emendatus Papin. in d. l. 7. de fid. tut.

l. tutor 69. De solut.

ILLATIO XLII.

De electione quam pupillus habet ad agendum vt consequatur indemnitatem.

QVadragesimosecundò ex eodem Principio fit, vt eligere debeat pupillus vtrum cum ipsis tutoribus, vel curatoribus, qui fideiussores dederunt aut heredibus eorum, an cum his qui pro ipsis se obligauerunt, agere velit, vel etiam, si malit, diuidere actionem. Nam in solidum & cum reo & cum fideiussoribus agi iure non potest *l.1.C. de fideiuss. tutor.* Nimirum quia nec necesse est, cùm ad indemnitatem pupillo præstandam sufficiat quòd habet electionem. Sibi enim debet imputare aut aliis quorum auxilio regitur, si malè eligat, vt & aliàs euenit quoties quis plurium actionum etiam contra eandem personam competentium electionem habet vt in *§. varijs l. cum filius* 76. *de leg.2.l.huiusmodi* 84.*§.vlt.De legat.*1.

l.1 C de fideiuss.tut.

ILLATIO XLIII.

De fideiussoris liberatione quæ contingit soluente tutore.

QVadragesimotertiò ex eodem Principio fit, quod scriptum est in *l.2.eod. tit.C.de fideiuss.tutor.* Non esse ambigui iuris electo reo & soluente fideiussorem etiam pupillarem liberari, Et ideò si simpliciter acceptus sit fideiussor in id quod tutor seu curator debiturus esset non esse dubium quin fideiussor sit liberatus si tutor seu curator condemnatus soluerit. Planè, inquit lex, si stipulatio, Rem saluam pupillo fore interposita est, vel aliter cautum est, in id quod à tutore vel curatore seruari non potest manet fideiussor obligatus ad supplendam pupillo indemnitatem. Prioris partis ratio est, quia lucrum sentiret pupillus ex damno alieno si haberet fideiussorem obligatum post solutionem à tutore factam, Bis enim idem consequeretur, quod esset contra bonam fidem vt est in iuris regula, Ideóque nec iuris ratio patitur vt post solutionem siue à debitore ipso siue à fideiussore factam, obligatio vlla supersit. Posterioris autem partis ratio est, quia maneret pupillus in damno si non esset ei supplenda indemnitas à fideiussore cùm solidum à tutore vel curatore seruari nõ potuit. Notanda tamen differentia est, quæ colligitur ex *d.l.2.* An fideiussor à tutore simpliciter acceptus sit, an verò interposita fuerit stipulatio, Rem pupilli saluam fore, vel aliter præstita cautio de indemnitate in id quod à tutore vel curatore seruari non posset. Primo enim casu si pupillus tutorem elegerit, quãuis non fuerit ab eo solidum consecutus, postea tamen contra fideiussorem agere non potest si ius vetus inspiciatur quod tale erat vt electo reo fideiussor liberaretur, ad constitutionem vsque Iustiniani in *l.vlt.C.de fid.* Nisi quod ei subueniretur per in integrum restitutionem si talem electionem fecisset in ea ætate quæ admitteret auxilium restitutionis, *Ex edicto De minor.* Duobus verò posterioribus casibus non adimit electio tutoris ius agendi contra fideiussorem quousque plenissimam indemnitatem pupillus consecutus sit, idque propter verba stipulationis, quia non aliter potest salua esse res pupillo quàm si nihil ei prorsus absit, Nec rursus agi potest contra fideiussorem indemnitatis priùs quàm actum sit contra principalem debitorem *l.decem stipulatus* 110. *D.de verb.obligat.*

l.2.C. de fideiuss.tut.

l.vlt. C. de fideiuss.

l.decem 110. *de ver. obl.*

ILL.

ILLATIO XLIV.

De fideiussore tutoris defuncti sine herede.

QVadragesimoquartò ex eodem Principio fit, vt si tutor sine herede decesserit, neque inuentaria aliáque instrumenta per fideiussorem exhibeantur, possit curator pupillo datus eundem fideiussorem conuenire ex stipulatione, Quanti interest pupilli, id est in id omne in quod tutor conueniri potuit *l. sine herede 32. D. de admin. tutor.* quia licet obligatio principalis nulla supersit cùm tutor qui principaliter fuit obligatus, decessit nullo relicto herede, non ideò tamen satisfactum est pupillo, cui semper verum est abesse quicquid ei à tutore debebatur, Multúmque ideò differt hic casus ab illo, quo principalis obligatio extincta sit per solutionem: Qui enim accipit solutionem siue à debitore ipso siue ab alio quolibet debitoris nomine hoc ipso fit locupletior non etiam is cuius debitor moritur sine herede. Hic enim potiùs fit pauperior cū amittat actionem, quæ sine persona consistere non potest. Neque tamen hoc ita accipiendum est quasi speciale sit in pupillo vt mortuo debitore principali sine herede nihilominùs retineat fideiussorem obligatum. Nam & idem euenit in cæteris omnibus qui fideiussorem aliquem acceperunt, vt non minùs saluam contra ipsum actionem habeant, quamuis debitor absque herede decesserit *l. 1. §. idem Pomponius quærit si apud te 14. D. deposit. l. Stichum aut Pamphilum 95. §. 1. in fin. D. de solut.* Sufficit enim fuisse aliquando iam natam principalem obligationem nec defuisse personam in qua consistere potuerit ea principalis obligatio *l. postquàm 5. D. vt legat. nom. caueat.* Ratio igitur generalior iuris huius, & quæ speciebus omnibus conuenit illa est, quòd non aliam ob causam fideiussores accipiuntur, quàm vt stipulatori cautum sit in eum casum quo debitor principalis non soluerit *d. §. vlt. Instit. de replicat.* Porrò tam verū est nō soluisse debitorē qui decessit sine herede, nec soluere amplius posse quā si bonis cessisset factúsque omnino esset non soluendo. Perinde igitur fideiussorē teneri æquū est. Quod cū ita sit nō possum probare quod post Accursium notat Bart. ad eū locū, Non iurari in litem aduersus hunc fideiussorē. Nā si verū est quod Modestinus ait posse illū conueniri in id omne in quod tutor ipse cōueniri potuit, negari autem nō potest, Tutorē qui inuētariū vel nō fecit vel nō exhibet teneri in id omne quod pupillus iurauerit sua interesse *l. tutor qui repertorium 7. eod.* An non prorsus consequens est idipsum quod interest pupilli perinde æstimandum sit per iusiurandum in litem aduersus fideiussorem, atque contra tutorem ipsum æstimaretur? Alioqui non conueniretur fideiussor in id in quod tutor conueniri poterat, sed in multò minùs cùm semper maior sit æstimatio quæ fit per iusiurandum in litem quàm quæ sine iureiurando, Siquidem æstimatio crescit per iusiurandum propter contumaciam *l. 1. D. de in lit. iur. l. quod si possessor 71. D. de rei vindic. l. non enim 9. D. rer. amot.* Atque ita pupillo aliquid abesset, id nimirum quod plus consequi hodie posset à tutore si tutor viueret, ex eóque quod tutor sine herede decessisset damnum sentiret pupillus cui tamen ab initio bene prospectum & cautum esset accepto idoneo fideiussore, quod iniquum esse ait Papinianus licèt in dissimili specie in *l. 3. D. de separat.* Nec obstat ratio illa qua Accursius & Bartolus mouentur, quòd hic fideiussor tutoris conueniatur ex contractu stricti iuris, id est ex stipulatione, in quo genere actionis certum est nō iurari in litem *l. aliàs*

l. sine herede 32. D. de admin. tut.

l. 1. §. 14. D. depos. l. Stichum 95. §. 1. in fin. D. de solut.

l. postquàm 5. D. vt leg. nom. caueat

§. vlt. Instr. de replicat.

l. 3. D. de separat.

6.D.de in lit.iur. Id enim tunc verè dicitur cùm quis ex stipulatione conuenitur ad rem certam quam ipse promiserit, nō etiam cùm stipulatio refertur ad debitum alienum quod quale quantúmque sit æstimari non possit sine delatione iurisiurandi, Vt euenit in proposita specie. Fideiussor enim tutoris vt & alterius cuiuslibet debitoris non ad aliud præstandum se obligat, quàm ad illud ipsum quod debitor ipse principalis præstare teneatur. Nihil ergo fit contra naturam stipulationis fideiussoriæ cùm fideiussor condemnatur quāti adultus sua interesse ex causa tutelæ iurauerit, quia hoc casu non tam aduersus fideiussorem ipsum iuratur, quàm æstimatur id quod tutor ipse vt debuit sciri possit, quid etiam debeat fideiussor. Idque in omnibus quoque actionibus ex stipulatu generale est vt quoties sine delatione iurisiurandi non potest iudex æstimare rem petitam, cogatur iusiurandum actori deferre *l.in actionibus 5.§. vlt eod.* Et verò si non potest fideiussor recusare quominùs condemnari debeat in id omne quod adultus contra tutorem viuum in litem iurauerit, cur recusabit mortuo interim tutore siue heredem aliquem reliquerit siue nullum? Vtrumque enim procedit ex eodem fonte quod hic fideiussor in omnem tutelæ causam acceptus videatur, alioqui nec vsuras vllas deberet, quas expressim per stipulationē nō promisisset, quod tamen falsum esse suprà ostendimus illat.38. Ergo & in causam iurisiurandi in litē acceptus esse intelligitur, quod ex vi & potestate actionis tutelæ manat. Minùs obstat quod iusiurandū in litē ne quidem contra tutoris heredē deferri potest si non heres ipse tutoris sit in dolo, *l.pen. & vlt. & pass. C.de in lit.iur.* Alio enim iure est tutor, alio heres eius vt scriptū est in *d.l.pen.* At nuspiam scriptū est alio iure esse tutorem, alio fideiussorē eius, Cùm obligatio fideiussoris propriam quantitatē nullā habeat, sed eā ipsam tātùm quæ tutelæ obligatione continetur. Vt neque vspiā scriptū est de tutoris herede quod de tutoris fideiussore, conueniri eum posse in id omne in quod tutor ipse conueniri potuit. In quo mirū non est deteriorem condicionē esse fideiussoris quàm heredis. Fideiussor enim ex propria promissione cōuenitur sibíque debet imputare cur in quantitatem incertam fideiusserit, & generaliter in id omne quod ex causa tutelæ deberi quandocumque posset, ab ipso tutore. Heres autem tutoris etsi defuncti personam repræsentat, eique videtur posse imputari cur dolosi tutoris hereditatem adierit, non tamen obligatur ex vlla sua promissione, sed tantùm ex potestate legis, quæ & hereditatem & heredem facit, lex autem quæ tutoris heredem obligat ad rationes tutelæ reddendas ex persona tutoris, eum obligat cum hoc æquitatis temperamento vt tamen aduersus eum iurari in litem non possit cùm neque tutor ipse sit, neque dolo malo quicquam fecerit in re pupillari. Iusiurandum enim in litem inductum est in pœnam eius qui per dolum & contumaciam retinet rem alienam, quod non potest dici de tutoris herede siue nullum inuentarium tutor fecerit, siue quod ab eo factum fuit postea deperditum sit, ita vt ab herede ipsius quamuis volente exhiberi nullomodo possit. *l.2.eod.tit. C.de in lit.iur.* Præterea fideiussor habet regressum contra tutorem tutorisque heredem vt per actionem mandati consequatur indemnitatem quem regressum tutoris heres nullum haberet. Nec obstat si dicatur, Ita futurum vt durior sit causa fideiussoris, quàm debitoris principalis, eo saltē casu quo principalis debitor sit non tutor ipse sed tutoris heres. Nulla.n.lex est, quæ hoc prohibeat ne durioris cōdicionis sit fideiussor quā heres debitoris, dū ne sit durioris quā ipse

l.in actionibus 5.§.vlt. D. de in lit. iur.

l.pen. & vl. C. de in lit. iur.

l.2.eod.tit.

ipse debitor, Alioqui nec posset teneri fideiussor eo casu quo tutor sine herede decessisset, quod tamen falsum esse ait Modestinus, Et quamuis admitteremus non posse teneri fideiussorem tutoris quanti adultus in litem iurauerit eo casu quo tutor decesserit relicto herede contra quem iurari nõ posset, quia fortè in dolo nôn esset, Cur non interpretes nobiscum sentiunt, vt contra tutoris fideiussorem possit peti condemnatio quanti adultus in litem iurauerit, saltem eo casu quo tutor aliquem reliquerit heredem, aduersus quem iurari in litem possit? Nec enim alio colore tutoris heres condemnatur etiam ex proprio dolo quanti adultus in litem iurare volet, quàm quia ipse quoque tutelæ iudicio ex propria persona tenetur *l.1. & 4. & pass. D. de hered. tutor.* Ergo saltem hoc casu fateri debuerunt interpretes condemnandum esse fideiussorem tutoris quanti actor in litem iurauerit, Nec tamen eo minus verum erit eum ex stipulatione conueniri. Non igitur illud inspiciendum est cùm fideiussor ex fideiussione conuenitur quid ipse promiserit, sed quid tutor, pro quo fideiussit, debeat aut debiturus esset si viueret, siue decesserit nullo herede relicto, vt in specie Modestini, siue relicto eo herede qui minùs debeat, quàm tutor ipse, id est contra quem non possit iurari in litem cùm tamen aduersus tutorem ipsum iurari potuisset.

l.1. & 4. D. de her. tut.

ILLAT. XLV.

De actione competente minoribus contra eos qui fideiussorem accipere debuerunt.

QVadragesimoquintò ex eodem Principio fit, vt non solùm in tutores & curatores actio competat pupillis, vel adultis, sed etiam in eos qui satisdationem accipere debuerunt, sed cum hac differentia quòd quæ in tutores & curatores competit ordinaria est, Quæ verò in magistratus, non nisi subsidiaria, & quæ vltimum minoribus præsidium adferre possit, vt loquitur Iustin. in *§. sciendum Instit. de satisd. tutor.* Vt scilicet prospiciatur ne iis quicquam absit. Habet enim condicionem illam si indemnitati pupilli, vel adulti non fuerit satisfactum *l. aduersus 4. C. eod.* Competit autem hæc actio subsidiaria non in ordinem magistratuum, qui constat ex pluribus, sed in ipsas personas magistratuum qui dederunt *l.1. D. de magistr. conuen.* vbi quod de ordine scribitur, malè nonnulli intelligunt de magistratibus vrbanis, aut prouincialibus. Debet enim de municipalibus intelligi, sed de collegio ipso, & vt ita dicã corpore magistratuũ municipaliũ ad differẽtiã singulorũ. Siquidem neq; vrbani, neq; prouinciales ordinem constituunt, cùm vrbani quidem singuli suas habeant easque distinctas functiones, Presides verò vel Procõsules in prouinciis singuli quoque omnium magistratuum qui in vrbe sunt partibus funguntur, *l. si in aliam 7. §. vlt. cum l. seq. D. de offic. procons. l. ex omnibus 10. cum duab. seqq. D. de offic. præsid.* Et quamquam verum est neque prætorem in vrbe, neque præsidem, aut proconsulem in prouincia cæterósve maiores magistratus quibus tutoris dandi ius est, huiusmodi actione subsidiaria teneri, sed eos tantummodò qui satisdationem exigere solent vt Iustinianus scribit in *§. vlt. Instit. de satisd. tutor.* de quibus etiam loquitur *l. Æmilius 53. D. de admin. tutor.* Non eam tamen Vlpiani sententiam esse in *d. l.1. in princip.* constat ex eo, quod idem Vlp. in *§.1. eiusdem legis*, hoc ipsum scribit quod nisi absurdè & superua-

§. sciendum Inst. De satisd. tut. l.4. C. eod.

l.1. D. de magist. conuen.

§. vl Inst. de satisd. tutor l. Æmilius 53. D. de admin tut. d. l.1. §.1.

cuo inculcare non poterat, Neque prætorem, neque alium quemlibet cui tutoris dandi ius fuit hac actione teneri. Quod tamen non ita accipiendum est, quasi huiusmodi actione nemo teneri debeat ex iis qui tutoris dandi ius habent, sic enim fieret vt neque magistratus municipales teneri possent, Quando quidem ius dādi tutores omnibus magistratibus municipalibus datum est, sed illum qui ab eodem municipio, vel agro eiusdem municipij est *l.3. D. de tutor. & curat. dat.* Sed Vlpiani sensus est in *d. §. 1.* neque prætorem, neque alium quemlibet prætori similem, id est ex maioribus magistratibus quibus dandi tutoris potestas est actione ista teneri, Ad exclusionem scilicet aliorum magistratuū qui quantūuis maiores sint, ius tamen dandi tutoris non habent, quod nemo habet iure sui magistratus, sed quibus specialiter hoc lege aliqua, vel senatusconsulto, vel Principis constitutione permissum est *l. 1. eod. titu. De tutor. & curat. dat. l. Diui 24. eod.* vbi scriptum est, si quando desint in ciuitate ex qua pupilli oriundi sunt, qui idonei videantur esse tutores, officium esse magistratuum inquirere ex vicinis ciuitatibus honestissimum quemque & nomina præsidi prouinciæ mittere, non ipsos arbitrium dandi sibi vindicare, Nempe quia tale ius iis datum non est, Ergo nec habent. Necessaria itaque fuit apud Vlp. ea restrictio *cui tutoris dandi ius est*, Non quasi cæteri maiores magistratus quibus tutoris dandi ius non est si tutorem fortè dederint, conueniri ex ea causa per subsidiariam actionem possint, (cur enim teneantur si datio ipsa non tenuit, nec proinde vllum damnum pupillo adferre potuit?) Sed quia esset absurdum dicere, Alios magistratus maiores & prætori similes non teneri subsidiaria, & vt appareret non de aliis magistratibus sentire Vlpianum quàm qui tutoris dandi ius haberent: Ex ea nimirum regula, quæ vult Semper habiles terminos esse supponendos. Ratio autem cur prætor hac subsidiaria actione non teneatur, nec præses, nec proconsul aliíve magistratus, illa est, quia non solebant isti exigere satisdationem ne quidem ab iis tutoribus quos dabant, quòd ab eorum dignitate id alienius videretur, sed eam curam magistratibus municipalibus delegabant, quorum proinde culpa erat non maiorum magistratuum, qui tutores dederant, si posteà vel nullomodo, vel minùs idoneè pupillo cautum esset, Quod cùm ita sit dubitari probabiliter potest, licet nemo dubitet, quid hodie iuris constituendum sit postquam eo iure vtimur, vt prǽsides prouinciarum, quos Sabaudi Iudices, vel Iuridicos maiores, Galli verò locumtenentes generales vocant, tutorem aliquem dederint, nec ab eo satis exegerint, aut satis exigi cum effectu curauerint, An ex ea causa per subsidiariam actionem conueniri possint, Etsi enim eo iure vtimur, vt possint, pro iis tamen illud facit, quòd non tam veteribus illis magistratibus municipalibus æquiparandi sunt, quàm vrbanis magistratibus, vel præsidibus prouinciarum, cùm habeant non solùm iurisdictionem omnimodam, sed etiã merum imperium & gladij potestatem, quæ omnia municipales magistratus numquam habuerunt. Quibus multò melius æquiparare possis Castellanos temporis nostri qui singulis municipiis præsunt, habéntque aliquam quidem iurisdictionem ordinariam, & consequenter mixtum quoque imperium, quippe quod inest iurisdictioni, & sine quo iurisdictio nulla est *l.3. De iurisd. l. vltim. De offic. eius cui mandat. est iurisdiction.* sed non imperium merum, neque omnimodam iurisdictionem, verùm certis finibus & caussis coarctatam, Quamquam in eo maximè differunt à magistratibus municipalibus, quòd tutoris dandi ius nullomodo habent, Sed tamen ius habent exigendæ

l.3. D. de tutor. & curat. dat.

l. Diui 24. eod.

De magistratibus nostri temporis nõ exigentibus satisdationẽ à tutore.

gendæ ſatiſdationis ſi nominatim id eis mandatum ſit à iudice, qui tutorem dedit, vt ſolent plerumque facere iudices & hanc eis curam iniungere, Nec incautè, vt transferãt in eos periculum ſatiſdationis quod alioqui ſubire ipſi cogerentur; eo iure quo, vt iam dixi vtimur. Mihi verò non ſolùm æquitas & iuris rationi conuenientius videtur, ſed etiam ad ipſam pupillorum vtilitatem accommodatius, ita ius conſtituit aut potius cuſtodiri (iam enim ſatis conſtitutum eſſe arbitror) vt iuridici iſti maiores, & præſides prouinciarum, non magis quàm olim prætores, præſides, & proconſules ſubſidiaria actione teneantur, quia non alios magiſtratus hodie habemus, qui veteribus illis meliùs comparari poſſint, Nec vlla lex eſt quæ iubeat eos ſatiſdationem exigere à tutoribus ſi id facere ipſi nolint, malintque eam rem magiſtratibus municipalibus delegare, ſiue quòd exemplo prætorum putent alienum à dignitate ſua, vt in exigenda ſatiſdatione ſe interponant (in quo tamen ſib. blãdiuntur, qui ſic ſentiunt, poſtquàm placuit poſterioribus Imperatoribus, vt cogantur etiam prætores & prouinciarum præſides de facto quoque cognoſcere & iudicare, quod olim non obtinebat *l.2.C.de pedan.iudic.*) Siue potius ob hoc ipſum, vt effugiant periculum ſubſidiariæ illius actionis: Atqui multò vtilius eſt pupillis vt hæ ſatiſdationes interponantur apud maiores magiſtratus quos dubitandũ non eſt pro ſua grauitate & prudentia meliùs omnia facturos, & magis ex pupilli vtilitate quàm Caſtellanos, Et tamen tantò difficiliores ſe præbent maiores magiſtratus, nec immeritò ad operam iſtam pupillis nauandam quantò periculoſiorem vident ſibi fore fidem ſuam, & ideò paſſim exactionem ſatiſdationis remittunt ad Caſtellanos, aut quod periculoſius eſt ad eorum ſcribas quos vulgo Curiales vocant, qui nullam penitus habent iuriſdictionem. Eſſet igitur iuſtius inuitari maiores iudices, aut ſaltem legis alicuius autoritate cogi ad exigendas per ſeipſos ſatiſdationes, quàm deterreri eos ab hoc officio præſtando ſubſidiariæ actionis metu: relicta eis poteſtate ſe exonerandi, delegandique curam iſtam Curialibus, aut Caſtellanis. Alioqui punitur magiſtratus qui maiorem erga pupillum adfectionem habuit, magíſque ſollicitus fuit in exigenda ſatiſdatione, fitque ille deterioris cõdicionis quàm ſi exonerandi ſui gratia negligentiùs rem tractaſſet, & ad municipales magiſtratus remiſiſſet: quod ſanè abſurdum eſt, & à pupillorum, vt dixi vtilitatibus alienum, Niſi ponas, quod ego ſanè probarem, vt pupillis in omnem caſum meliùs conſuleretur, lege aliqua præcipi diſtrictè magiſtratibus, vt illi ipſi ſatiſdationem exigant, nec eam rem aliis committant, niſi in caſibus quos excipit *d.l.2.C.de pedan.iudic.* id eſt ſi vel propter cauſarum multitudinem, vel propter morbum, aut abſentiam, aut aliam ſimilem cauſam impediantur ne fideiuſſores accipere ipſi poſſint, Ita enim conſtituto iure, non eſſet verendum ne curam hanc deſererent & in alios transferrent, quod vnum quandiu ipſorum arbitrij res eſt, damnum pupillo adferre poteſt. Dices, Etiam eo non conſtituto æquum tamen eſſe, vt magiſtratus teneantur ſi ipſi, vel non acceperint fideiuſſores, vel accipiendos minùs idoneis delegauerint, vel denique minùs idoneos ipſi acceperint; Cùm poſſit iis imputari cur non fuerint diligentiores in faciendo, vt pupillis meliùs cautum eſſet. Verùm reſpondebo, Eadem ratione debuiſſe olim prætorem conueniri ſi fortè ſatiſdationem ipſe exegiſſet, quam nec prohibebat quicquam vt is exigeret ſi tantam adfectionẽ præſtare pupillo vellet. Neque tamen vllo iuris loco reperias ita ſcriptum eſſe vt potuerit præt or ex ea cauſa conueniri, ſed generaliter nõ potuiſſe. Iniquum

l. 2. C. de ped.iudic.

enim & ridiculum fuisset actionem dari in eum cuius præcipua dignitas erat, & ad cuius potissimùm curam pupillorum salus & vtilitas pertinebat, Ne aliter posito iure futurum esset, vt haberent illi exosum & suspectum pupillorum nomen. Quidni ergo idem in magistratibus nostris obtinebit? Præsertim verò in illis qui non secus ac Præsides, toti prouinciæ præsunt. Quamquam quod de istis dicimus ad alios etiam minores singularum & inferiorum iurisdictionum Iuridicos protrahendum arbitramur. Etsi enim sunt illi minores si cum eo qui Principis iurisdictionem in eadem prouincia exercet, conferantur, habent tamen eandem potestatem etiam gladij plerumque, in eo oppido cui præsunt, ideóque quod ad hanc rem pertinet, quæ cum Principis iure & dignitate nihil commune habet in eadem causa esse videri possunt. Et hæc quidem de magistratibus nostri temporis obiter dicta sint. At si quis quærat, Cur in ordinem magistratuum municipalium actio nulla detur, vt Vlp. scribit in *d.l.1. in princip. De magistr. conuen.* non alia ratio quærenda erit, quàm quæ tamen ab eodem Vlpiano non affertur, quòd non ordo ipse tutorem dederit, sed tantùm quidam magistratus quamuis ex eo ordine. Non autem æquum est ex vnius facto alios prægrauari, & nocere factum alterius ei qui nihil fecit *l. de pupillo 5. §. si plurium res sit* D. *de oper. noui nunciat. l. cùm solus 68. D. de acquir. hered. vulg. l. non debet alteri 74. De regul. iur.* Quid ergo si ordo ipse tutorem elegerit & dederit, aut etiam periculum in se receperit? Nam & hoc interdum fit, & parui refert an aliquem magistratus nominauerint, an fideiusserint, an periculum in se receperint. Vtilis actio in ordinem quoque dabitur, At non in corpus ipsum, vt ita dicam, ordinis, sed in eos tantùm qui ex ordine præsentes fuerunt *d.l.1. De magistr. conuen.* Etsi enim quod ordo fecit absentibus nonnullis perinde ratum est acsi ab omnibus factum esset, Non ideo tamen quod à maiori parte factum est, vsque adeò ab omnibus factum videri debet, vt præsentium culpa possit absentibus imputari. Semper namque verum est personam huius & illius esse quæ deliquit, non etiam ordinem vniuersum. Sed an fideiussores magistratuum æquè ac magistratus ipsi subsidiaria ista actione tenebuntur? Minimè. Hi enim rempublicam saluã fore promittunt, non rem pupilli. Proinde nec nominatores magistratuum ex hac causa tenebuntur, sed soli magistratus, vt disertè Vlpianus scribit in *d.l.1.* quia numquam debet obligationis potestas extẽdi vltra quàm voluerit obligari is, qui non nisi in certum casum & certa de causa se obligauit *l. non omnis 11.* D *si cert. petat. l. centum Capua 8. versic. nec oportebit* D. *de eo quod cert. loc.* Simile est quod idem Vlpianus scribit in *dict. l.1. §. vlt.* Si filiusfamilias fuit magistratus, & caueri pupillo non curauerit, aut non idoneè cautum sit culpa eius, dandam esse actionem de peculio in patrem, siue voluntate eius filius decurio factus sit, siue non. Nam etsi voluntate patris magistratum administrauit, attamen non oportere patrem vltra quàm de peculio conueniri: Quasi rem pupilli saluam fore promittat, qui dat voluntatem, vt filius decurio creetur. Sic enim lego *rem pupilli* pro eo quod vulgo legitur *rem publicam*, vt hæc ratio similis sit ei quæ ponitur in *princip. dict. l.1.* in illis verbis *hi enim rem publicam saluam fore promittunt non pupilli.* Quod non intelligens interpres quidam qui cum cæteris legebat *rempublicam* addidit dictionem *solam*, quæ in *pandect. Florent.* interclusa est lineis tanquam irreptitia. Errori verò causam illud dedit, quod putarunt iis verbis *quasi rempublicam saluam fore promittat qui*

d.l.1. in pri. De magistr. conuen.

d.l.1. §. vlt. D. de magist. conuen.

Emendatus Vlpianus.

dat vo-

d at voluntatem vt filius decurio creetur rationem contineri propter quam dicendum ſit patrem non teneri in ſolidum, quomodo & ab eodem Vlp. expreſſa eſt in *l.3.§.vlt.* D. *de pecul.* in illis poſtremis verbis *quoniam rempublicam ſaluam fore pater obſtrictus eſt.* Quod tamen ab Vlpiani ſenſu alienum eſt. Voluit enim ille potiùs exprimere rationem qua moueri deberet, quiſquis vellet dicere patrem hoc caſu in ſolidum poſſe conueniri: Eum namque neceſſe eſſet præſupponere, patrem qui conſenſit vt filius decurio crearetur hoc ipſo promiſiſſe rem pupilli ſaluam fore, quod certè abſurdum eſſet dicere. Qui enim ſic conſenſit, non cogitauit de re pupilli, ſed tãtùm de republica, ſaluã eã fore. Tractat enim filius decurio rempublicam principaliter, rem verò pupilli non niſi per cõſequentias. Ideóque non ita ſcripſit Vlp. *quia rempublicam*, ſed *quaſi rempublicam*, vt eſſet ratio dubitationis potiùs quàm deciſionis. Contra quàm in *d.l.3.§.vlt.* *l.3.§.vlt.D. de pecul.*

De non conueniendis magiſtratibus quibus nihil imputari poteſt.

EX eo tamen quod hæc actio quæ in magiſtratus datur non niſi ſubſidiaria eſt, & conſequenter competens ex ſola æquitate, vt & ſubſidiariæ omnes actiones, intelligimus non contra alios magiſtratus competere, quàm quibus aliqua culpa imputari poſſit, Ne alioqui iniquum incipiat fieri beneficium quod ex ſola æquitate introductum eſt. Etſi enim omni caſu æquum eſſet conſuli pupillo ne quid ei abeſſet, æquius tamen eſt in damno morari pupillum ſi alia ratione indemnis ſeruari non poſſit, quàm indemnitatem ei tribui ex iniuria & damno alterius qui nullius culpæ ſit reus *arg. l. ſed cùm ab herede 12. D. ad SC. Trebell.* Ideóque ſi præſes prouinciæ voluit magiſtratus tantùm denunciare ſibi de facultatibus tutorum, vt ipſe daret, Diuus Marcus reſcripſit non perinde teneri magiſtratus, atque ſi ipſi dediſſent tutores: quod omnino ſic accipiendum eſt etiamſi falſum præſidi renunciauerint (cur enim poſſet dubitari an tenerentur ſi verum renunciaſſent?) Sed hoc ita ſi nihil dolo malo fecerint. Nam ſi deceperint gratia fortè aut pecunia falſa renunciantes, vtique tenebuntur, cùm ſint plus quàm in culpa qui ſunt etiam in dolo *d.l.1.§. ſi præſes D. de magiſtr. conueniend.* At cur non tenentur cùm falſum per culpam renunciauerunt licèt careant dolo? Nimirum quia potuerat præſes aliunde reſcire quid eſſet in facultatibus tutorum, ſi diligentiæ ſuæ partes exactiùs interponere voluiſſet: nec tam ex culpa magiſtratuum quàm ex culpa ipſius præſidis damnum pupillus patitur, cùm non debuerit præſes ſoli magiſtratuum relationi tantopere fidere in re quam habebat ſuſpectam cùm tutores ipſe dare vellet. *d.l.1.§. ſi præſes D. de magiſt. conuen.* Non idem eſt cùm ex mandato præſidis magiſtratus municipales tutorem dederunt aut ſatiſdationem exegerunt *d.§. ſi præſes in fin.* quia his caſibus, ſiue non idoneos tutores dederint, ſiue non idoneos fideiuſſores acceperint, factum eorum tale eſt quod immediatè damnum irrogat pupillo. Nec enim alius tutor ei dari poteſt cui iam magiſtratus ex mandato præſidis dederunt, neque adigendus ad nouos fideiuſſores dandos tutor, qui eos dedit quos magiſtratus pro idoneis acceperunt. Aliud eſt ſi præſes quidem tutores, vel curatores minùs idoneos dederit, ſed vel ex ſuggeſtu magiſtratus municipalis, vel nominibus ab eo acceptis. Tũc enim magiſtratũ teneri oportet, ſicut etſi remiſerit præſes ad magiſtratũ, vt vel ipſe tutorẽ det, vel poſt dationẽ vt exigat ſatiſdationẽ *d.l.1.§. ſi curatores.* At quid ſi præſes prouinciæ nominib* *d.l.1.§. ſi curatores.*

ab alio acceptis ad magistratus municipales remiserit, vt se de nominibus instruat,& deinde instructus dederit tutores? An exemplo eorum qui prætorem instruunt debeant magistratus teneri? Quæstionem hanc proponit Vlpianus in *d.l.1.§.si præses 2.* Et quamuis primùm respondeat vtique interesse vtrum ipsi magistratus nomina elegerint,& electa dederint præsidi, an in ea quæ ab alio præses accepit,inquisierint,propterea quòd priore casu magis sit quod eis possit imputari,quàm posteriore,Concludit tamen,*vtroque casu sic teneri si dolo,vel lata culpa versati sunt.* Sic enim lego non vt vulgo *quasi dolo.* Facilè namque fieri potest,vt eorum neque dolus vllus, neque lata culpa interuenerit,eo præsertim casu quo non dederint ipsi nomina,sed in ea tantùm quæ ab alio data sunt inquisierint. Non ergo æquum est indistinctè illos teneri,sed eo tantùm casu quo probentur in dolo fuisse, vel in lata culpa. Quæ adiectio nec permittenda est in alia illa specie in qua proximè diximus teneri magistratibus,qui falsum renunciarunt præsidi de facultatibus tutorum si dolo id fecerint, Addendum enim est,*aut si sint in lata culpa*,quomodo in *§.magistratibus eiusd.leg.* scriptum est *ita demum tenentur si moniti non dederint.* Quid rursum si omnino tutor, vel curator datus non sit, hoc est, neque non idoneus? An magistratibus aliquid imputabitur,vt eo nomine teneantur? Distinguendum est an moniti fuerint vt darent,an non,Priore casu tenentur, quia non carent culpa, & quidem lata, qui moniti non dederunt,cùm scire debuerint ad officium suum id pertinere,Posteriore verò non tenentur, quia nec si voluissent poterant olim tutores dare nisi moniti, aut potiùs iussi à præsidibus, & quidem eo solo casu quo non essent magnæ pupilli facultates vt Iustinianus refert in *§.sed hoc iure Instit.de Attil. tutor.* vbi addit à se primùm fuisse constitutum abrogato iure vetere vt non expectata iussione præsidum si facultates pupilli, vel adulti vsque ad quingentos solidos valeant defensores ciuitatum vnà cum ipso ciuitatis antistite tutores creare possint *l.sancimus in curationibus 30.C.de episco.aud.* Post quam constitutionem mansit quidem ius idem quod olim obtinebat si pupilli, vel adulti facultates quingentos solidos excedant, cùm eo casu nihil innouatum sit,sed intra eam summam constitutis facultatibus desiit locus esse illi distinctioni quæ fuit iuris veteris. Cur enim desiderabunt,aut expectabunt,vt moneantur ij qui monitione nulla indigent,cùmq; propria autoritate anteuertere possent? Aliqua tamen distinctio adhuc circa eos adhibenda erit,an scilicet requisiti sint de tutore,vel curatore dando, siue ab agnatis cognatísve pupilli, siue quod hodie frequentius est à procuratore Principis aut qui locum eius in eo loco teneat,in quo petendus est tutor, quē vulgo procuratorem officij & iurisdictionis appellamus,ad quem maximè pupillorum & adultorum tuitio curáque pertinere existimatur. Quid enim possis ei imputare qui tutorem non dedit, quamuis dandi ius habuerit, si de eo numquam fuerit requisitus? Damnum igitur quod interim passus erit pupillus vel adultus, id est ante requisitionem, ad eos magistratus non pertinebit, vt nec olim pertinebat illud quod inciderat ante monitionem,Sed quod medio tempore post monitionem,aut interpellationem,ad eos sanè pertinebit, qui munere,siue mandato, siue requisito negligentes fuerunt. Quæ sententia & ratio est Vlpiani in *d.l.1.§.magistratibus eod.tit. De magistr.conuen.* Quòd si magistratus municipales data opera tutelam distulerint in successores suos, vt erant olim plerumque annui,vel si satisdationem data opera traxerint, quoad successores

d.l.1.§.magistratibus.

§.sed hoc iure infr. de Attil.tutor. l.sancimus 30.C. de episc.aud.

successores accipiat, id est, quoadusque iis in munere succedatur nihil eis proderit, tantóque magis æquum erit teneri eos cùm hæc negligentia non solùm latam culpam, sed etiam dolum admixtum habere videatur §. *sciendum d.l.1.* Quem locum sanè accipiunt malè qui intelligunt de heredibus magistratus, citantes in eam rem *l.2.C.eo.tit.* quę ait, In heredes magistratus cuius non lata culpa idoneè pupillo cautum non est non solere actionem dari. Loquitur enim Vlpianus non de heredibus, sed de successoribus in officio & magistratu, quod apertissimum est. Quid verò si inter magistratus hoc conuenerit, vt alterius tantùm periculo tutores dentur? Diuus Hadrianus rescripsit conuētionem pupillo non præiudicare: Conuentione enim duumuirorum non magis quàm aliorum quorumlibet priuatorum ius publicum mutari non posse *d.l.1.§.si inter l.ius publicum* 38.*l.inter debitorem* 42. D. *de pact.* Subiungit tamen Vlpianus in *dict.§.si inter*, prius conueniendum esse eum qui hoc onus suscipere voluit, vt etiam solus conueniretur, deinde excussis eius facultatibus, tunc veniendum ad collegam, quemadmodum, inquit, si solus ille dedisset diceremus priùs eum deinde collegam adgrediendum. At quid si magistratus ab initio tutorem idoneum dederit, nec tamen ab eo satis exegerit? Non sufficit *d.l.1.§.si magistratus.* Etsi enim videtur extra culpam esse magistratus, qui nullam satisdationem exegit ab eo quem sciebat idoneum esse, cogitare tamen debuit & præuidere futuros casus, id est fieri posse vt priùs laberetur hic tutor facultatibus, quàm reddere tutelam deberet. Ideóque si id eueniat vt tutor non sit idoneus eo tempore quo tutelæ agi potest, magistratus tenetur, qui non teneretur si tutor eo tempore idoneus reperiretur *d.§.si magistratus vers.sed & si satis l.penult.* C.*eod.l.tutores* 5.*in fin.* D.*de confir.tutor.* Nec tantùm tutor ipse hoc casu tenebitur si tutor non sit soluendo tempore reddendæ rationis, sed etiam ipsius heres, postquàm placuit tam Imperatoribus quàm prudentibus ipsis actionem istam subsidiariam sicut heredibus pupilli, ità & in heredes magistratuum dari §.*sciendum Instit.de satisd.tutor.* iunct. *d.l.1.§ non tantum* D.*de magistr.conuen.* Paullo tamen mitiùs agitur cum herede magistratus, quàm cum magistratu ipso. Heres enim non aliter tenetur, quàm si tanta magistratus negligentia, támque lata ipsius culpa interuenerit, vt meritò videri possit magistratus habendus esse loco fideiussoris quod non euenit nisi cùm vel omnino nullos fideiussores magistratus accepit, vel eos accepit qui euidenter essent minùs idonei, ob ídque rescripsit Diuus Pius non nisi causa cognita in heredem magistratus dandam esse huiusmodi actionem, vt idem Vlp. refert in *l.quod ad heredem* 6.*eod.* Sed magistratus ipse tenetur, quoties minùs idoneum fideiussorem accepit, licèt eum acceperit qui eo tempore idoneus esse credebatur. Plus enim spectari debet quod in veritate fuit, quàm quod in opinione. Nam cùm pupillus ipse aut etiam adultus prospicere sibi diligenter non possit per ætatem, à quo potest auxilium suum expectare nisi à legibus? A quo autem leges diligentiam exigere nisi à magistratu? qui vicæ legis officio fungi creditur. Planè si magistratus satis exegerit & idoneos tutorum fideiussores acceperit, quamuis postea lapsi sint facultatibus tutores, vel fideiussores, nihil erit quod ei qui dedit, imputetur. Non enim debent magistratus futuros casus, & fortunam, id est dubium rerum euentum pupillo præstare, Ne alioqui dum pupillis consulere volumus iniuriam magistratibus faciamus; quibus non debet sanè officium suum esse damnosum

d.l.1. sciendum D. *de magistr.conuen.*

l.2. C. *eod.*

d.l.1.§.si inter.

d.l.1.§.si magistratus l.pen.C. eod. l.5.in fin.D. de confir. tut.

d.l.1. si non tantum.

l.quod ad heredem 6.eod.

d.§ si magistratus & d.l.quod ad heredem. l.2.C.eod.

si careant culpa *l.videlicet* 28.D.*ex quib.cauſ. maior. d.§. ſi magiſtratus eo d.l. quod ad heredem.* Cui conuenit quod ſcriptum eſt in *d.l.2.C.eod.* in heredem magiſtratus non ſolere actionem quibus dari ſi non lata culpa magiſtratus interuenerit, vt intelligamus adhibendam quidem eam diſtinctionem cùm de magiſtratuũ heredibus tractatur, at nõ ſimiliter ſi de ipſis magiſtratibus, quos ſufficit eſſe in qualiquali culpa, id eſt quos penitus inculpatos eſſe neceſſe eſt, vt non teneantur. Eſtque hic vnus ex iis caſibus in quibus melioris condicionis eſt heres quàm fuerit defunctus. Nã cùm defunctus non teneretur niſi propter magiſtratum, magiſtratus autem non tranſeat ad heredem, neque illud æquum eſt tranſire in eum actionem quæ in ipſum magiſtratum competebat, Niſi tanta fuerit magiſtratus negligentia, vt videatur ille vltrò fideiuſſiſſe pro tutoribus, vel curatoribus à quibus idoneos fideiuſſores exigere debuit, nec exegit vllos, aut exegit quidem, ſed eos qui euidenter & publica voce, non idonei erant *d.l.quod ad heredem*, Vbi eleganter Vlpianus ait heredem magiſtratus teneri hoc caſu non tam quaſi heredem magiſtratus, quàm quaſi heredem fideiuſſoris, vt quemadmodum quaſi deliquiſſe videtur magiſtratus, qui fuit in tam lata culpa licèt caruerit dolo, Ita & videatur quaſi contraxiſſe quaſi fideiubendo, hoc ipſo quod quaſi deliquit, in non petendo idoneo fideiuſſore cuius exigendi neceſſitatem ſciebat, aut ſcire debebat ſibi incumbere ex officio magiſtratus. Idque eſt quod idem Vlpianus tractat apertiùs in *l.4.eod.* Non ſimiliter heredes magiſtratuum teneri, vt ipſi magiſtratus tenetur. Nam nec heres magiſtratus, nec heres tutoris negligentiæ nomine tenetur, Eadem ratione quod ſicut magiſtratus nõ tranſit in heredem, ita nec tutela: & quemadmodum heredi tutoris aut magiſtratus propria negligentia imputari nulla poteſt, cùm neq; tutor ipſe ſit, neque magiſtratus *l.4 §.1.D.de fideiuſſ.& nominat.tutor.* ita neque negligentia defuncti ſi non ea ſit, quæ latæ culpæ comparari poſſit niſi vel contra tutorem lis inchoata ſit, vel ex damno pupilli lucrum captatum, aut etiam gratia præſtitum ſit vt ſcriptum eſt in *l.1.C.de hered.tutor.* vbi malè Cuiacius expungit negationem *lib.13.obſer.cap.*39. vt oſtendimus *lib.1.Coniect.cap.*12. At tutor ipſe itémque magiſtratus præſtare debet omne periculum quod modò accidat per aliquam ipſius, ſiue culpam, ſiue negligentiam, quia tutor ipſe, aut magiſtratus eſt. Heres verò ipſius dolo tãtùm proximæ culpæ ſuccedaneus eſt, Culpæ inquam non ſuæ vt Cuiacius malè interpretatur, ſed ipſius tutoris ſcilicet, vel magiſtratus *d.l.1.& d.l.quod ad heredem.* Plerumque igitur facti quæſtio incidit, An idonei fuerint fideiuſſores eo tempore quo fuerunt accepti, At numquam illa, Vtrum ab initio fuerint idonei tutores, cùm, vt diximus, ea res nihil proſit ad exonerandum magiſtratum ſi non præterea acceperit idoneos fideiuſſores *d.l.quod ad heredem & d.l.1.§.ſi magiſtratus.* Cùm autem facti quæſtio illa emergit, probatio non pupillo incumbit, vt doceat fideiuſſores ſoluendo non fuiſſe, cùm acciperentur, ſed magiſtratibus, vt doceant eos ſoluendo fuiſſe *d.l.1.§.probatio*, Nempe quoniam eorum officium fuit prouidere, vt pupillo caueretur *l.non eſt neceſſe* 11.D.*de probat.* nec proinde aliter poſſunt exonerari, quàm ſi probent à ſe factum eſſe id quod ex officio facere debuerunt, licèt pupillus ipſe actor ſit, & dici ſoleat incumbere actori onus probandi *vulgat.iurib.* An verò eo caſu quo actionem in magiſtratum habere pupillus poteſt, etiam priuilegium ei dabimus in bonis magiſtratus quod habet in bonis tutoris, ſi fortè magiſtratus non

d.l.quod ad heredem.

d.l.4.eod

d.4.§.1.de fideiuſſ. & nomin. tut. l.1.C.de hered.tut.

d.l.1.§.ſi probatio.

tus non sit soluendo, ciúsque bona vendi oporteat? Habet enim priuilegium pupillus non tantùm in bonis tutoris, sed etiam protutoris vt omnibus creditoribus chirographarijs pręferatur *l. dabimúsq; 19. §. 1. D. de reb. autor. iud. poßid. l. ex pluribus 42. D. de admin. tutor.* Sed nō est æquum vt hoc priuilegium habeat in bonis magistratus, non quod priuilegia & plura singularia non sint multiplicanda circa eandem rem eandémque personam vt vulgo nostri iactitant ex *l. i. C. de dot promiss.* nec quod promptius subueniendum sit pupillo contra tutorem qui propter pupillum specialiter datur, quàm contra magistratum, qui non specialiter tenetur propter ipsum pupillum, sed propter rempublicam, vt Bart. putat, sed quia cùm actio hæc subsidiaria sit, non debet pupillus extra ordinē ita iuuari vt nouū beneficium ei cum alterius iniuria concedatur *l. sed cū ab herede 12. D. ad SC. Treb.* Satis ergo ei esse debet quod cum cæteris creditoribus non priuilegiariis partem habiturus sit, quam alioqui habere summo iure nullam deberet. Eadémque ratio facit vt si filiusfamilias fuit magistratus & pupillo caueri non curauerit, aut non idoneè cautum sit culpa eius, in patrem tamen actio numquam danda sit vltrà quàm de peculio, etiamsi voluntate patris filius decurio creatus sit & magistratum administrauerit, cùm non ideò pater rem pupilli saluam fore promisisse videatur, sed rem duntaxat publicam. *d. l. 1. §. vlt. De magistr. conuen.* de cuius sententia & interpretatione & emendatione iam suprà diximus. Beneficium enim quod pupillo ex æquitate accommodatur vt actionem istam subsidiariam habeat in magistratum, porrigeretur ad iniuriam patris si faceret vt in solidum teneretur pater cui nihil imputari posset. Hoc verò iniquum esset, quia generale est vt beneficium alicui concessum ad alienam iniuriam porrigi numquam oporteat *l. impuberi 40. D. de admin. tutor. l. cùm filiusfamilias 28. D. de testam. milit. l. Paulus notat 8. D. de prætor. stipulat.*

l. dabimúsque 19. §. 1. De reb. aut. iud. possid. l. ex pluribus 41. De admin. tut.

d. l. 1. §. vlt. de magistr. conuen.

ILLATIO XLVI.

De actione danda in eum qui fuit electus vt tutorum satisdationes æstimaret.

QVadragesimosextò ex eodem Principio fit, vt etiam in eum qui electus est ad æstimandas tutorum satisdationes actio pupillo detur *d. l. 1. §. Diuus Hadrianus D. de magistr. conuen.* vbi tamen refert Vlp. inductum hoc esse ex rescripto Diui Hadriani, quod vtique fuit necessarium vt pupillo magis consultum esset, non sufficiente nimirum autoritate prudentum, quæ actionem illam in magistratus subsidiariam induxerat, cùm his non sit magistratus. Et tamen nemo non videt præcipuam esse ipsius culpam & dignam quæ ista actione vindicetur si non idoneos fideiussores admiserit, cùm esset electus ad hoc ipsum vt oblatas tutorum satisdationes æstimaret, videréque an idoneæ essent necne: Fuit igitur æquissimum Hadriani rescriptum, ne quid pupillo abesset si fortè à fideiussoribus plenā indemnitatem consequi non posset. Verùm hoc ita semper accipiendum est si non ab initio fuerint idoneæ satisdationes. Nam quod in magistratuum personis ex Vlpiano diximus admittendum esse vt futuros casus & fortunam præstare pupillo nō debeant *d. l. 1. §. si magistratus*, idē multò magis in huius electi persona obtinere debet, qui non est magistratus.

d. l. 1. §. Diuus Hadrianus De magist. conuen.

ILLATIO XLVII.

De stipulatione, Rem pupilli saluam fore etiam à magistratu pro pupillo interponenda.

QVadragesimoseptimò ex eodem Principio fit, vt quamuis regulare sit ne quis alteri stipulari possit, *l. stipulatio ista 38. §. alteri D. de verb. oblig.* Si tamen pupillus vel absens sit vel fari nequeat, nec seruum proprium habeat qui stipuletur Rē pupilli saluam fore, non solùm seruus publicus stipulari debeat tam à tutoribus quàm à fideiussoribus eorum, sed etiam magistratus ipse velut pupilli nomine eiusmodi stipulationem interponere possit & debeat *d. l. 1. §. exigere D. de magistr. conuen.* vbi addit Vlp. quoties seruus publicus vel ipse magistratus stipulatur dādam esse pupillo vtilem actionem ex ea stipulatione, Cuius idem effectus erit, qui esset directæ si pupillus ipse stipulatus fuisset, quo modo stipulari & potuisset, & debuisset si præsens fuisset, loquíque didicisset *l. 2. 3. 4. & 6. D. rem pupill. salu. for.* Dices, non fuisse verendum vt quid pupillo abesset etiamsi nihil aut ipse aut alius ipsius nomine à tutoribus stipulatus fuisset, cùm parata esset in eos actio tutelæ. Verùm respondendum est strictius esse & potentius vinculum stipulationis ad obligandos tutores, ideóque interesse pupilli vt eos habeat obligatos ex stipulatione. Nec enim perit priuilegiū tutelæ per eiusmodi stipulationem si non nouandi animo post pubertatem interponatur *l. aliam 29. D. de nouat.* iunct. *l. si pupillus 9. eod.* Deinde necessariam esse stipulationem propter tutoris fideiussores, qui non possunt teneri nisi ex stipulatione *l. blanditus 12. C. de fideiuss.* Vnde etiam fit quod est valde singulare, vt si tutor qui fideiussorem dedit omnino tutelam non attigerit, nihilque gesserit, licèt vtili actione tutelæ conueniri possit quia suo periculo cessauit, ex stipulatione tamen neque ipse neque fideiussores eius teneantur, ideóque compellendus sit ad administrationem propterea vt stipulatione quoque ista possit teneri, quemadmodum eleganter Vlp. tractat in *d. l. 4. § sed enim D. rem pupill. salu. for.* Et nos de eo alibi scripsimus.

d. l. 1. §. exigere.

l. 2. 3. 4. & 6. D. rem pupil. salu. for.

l. aliam 29. l. si pupillus 9. eod.

d. l. 4. § sed enim D. rem pupill. salu. for.

ILLATIO XLVIII.

De securitate magistratuum postquàm pupillo satisfactum est.

QVadragesimooctauò ex eodem Principio fit, quod scriptum est in *l. 2. De magistr. conuen.* subsidiariam istam actionem quæ in magistratus comparata est tam ex prudentum autoritate quàm ex Imperatorum constitutionibus desinere locum habere posse statim atque pupillo satisfactum est, ideóque nec pupillum posse ad magistratum redire, nec tutorem: cùm tutor numquam aduersus magistratus habeat actionem. Itaque cùm in ea specie proponeretur duos tutores à magistratibus municipalibus datos, cautione nulla exacta, eorúmque alterum inopem decessisse, alterum in solidum conuentum satis pupillo fecisse, & quæreretur an tutor iste aduersus magistratum municipalem habere posset aliquam actionem, cùm sciret à contutore suo non satis exactū esse, Respondet Vlp. nullam habere posse: Senatusconsultum enim, inquit, pupillo subuenit: hoc est soli pupillo cui prospiciēdum erat ne quid ei abesset, nō etiam tutori, qui ipse sibi prospicere vtique & potest & debet. Quæ Vlp. verba notanda sunt vt appareat actionem hanc subsidiariam non tantùm ex prudē-

l. 2. D. de magist. conuen.

tum

tum autoritate & Imperatorum constitutionibus sed etiam ex Senatusconsul to descendere, licèt hoc Iustinianus non addiderit in *§.penult.Inst.de satisd.tutor.* quod Senatusconsultum autore Traiano factum esse testantur Imperatores in *l.pen.C.eod.* Addit Vlp. ex abundanti præsertim cùm sit quod tutori imputetur quare satis à contutore non exegerit vel suspectum eum non fecerit, si sciebat magistratibus eum non cauisse. Pugnare tamen videtur quod statim subiungitur in *l.seq ex Iuliano*, si tutor ab hac parte culpa vacet, non esse iniquum aduersus magistratus actionem ei dari. Nam cùm ratio illa Vlpiani vltima desumpta ex culpa contutoris non sit adscripta nisi ex abundanti, vt diximus, non potest ex ea cessante argumentum sumi ad ius contrarium inducendum. Alioqui quomodo verum erit quod in *l.praced.* Vlp. tam generaliter & precisè scribit iis verbis *Cùm numquam tutor aduersus magistratus habeat actionem.* Et verò quænam ratio excogitari potest, aut potiùs quænam necessitas ne dicam æquitas dandæ tutori actionis contra magistratum, ob hoc solùm quod à contutore non satis exegerit? Fateor posse eam rem dare actionem pupillo in magistratus, quia quod sæpissimè responsum & rescriptum est, quandiu vel vnus ex tutoribus idoneus est, non posse ad magistratus qui tutores dederunt veniri, sic accipiendum est si non ob hoc contutor conueniatur, quod suspectum facere contutorem vel satis exigere noluit *l.1.§.vsque adeò D.de tutel. & ration. distr.* quod nos suo loco supra explicauimus: hoc est si vnus ex tutoribus idcirco in solidum conueniatur, quod simul cum contutore administrauerit ita vt administrationis partes discerni non possint (hoc enim est quod ait *l.4.* ibi *ad quorum periculum consortium administrationis spectat C.de magistr.conuen.*) Sed nō ideò possit quis colore aliquo dicere dandam tutori actionem in magistratū, Alioqui semper conueniendus esset magistratus ante contutorem, Eo quidem casu quo tutor alius ex culpa sua conueniretur quòd contutorem suspectum facere, aut ab eo satis exigere supersedisset, quia & prior & maior culpa est magistratus qui non satis idoneè à singulis tutoribus exegit *d.§.vsque adeò*, Eo autē casu quo nulla contutoris culpa esset, quia vitandus est circuitus, cùm nihil intersit magistratus vt ante contutorem conueniatur si omnimodo certum est in eum recasurum periculum administrationis pro persona contutoris, qui nō sit soluendo. Quid enim aut pupilli aut magistratus referre potest vt contutor primus conueniatur si æquè futurum est vt eidem contutori postmodum præstanda sit indemnitas à magistratu per subsidiariam istam actionem? Itaque vt dicam quod sentio, non puto posse defendi quod scriptum est in *d.l.3.* Si tutor culpa vacet non esse iniquum dari ei actionem in magistratum, Sed probabilius existimo vel non satis bene perceptam & accommodatam ad Vlpianū fuisse à Triboniano Iuliani sententiam, vel aliter Iulianum scripsisse, itémque Tribonianum ex Iuliano, quàm vulgata lectio habeat. Quæ ideò sic iudicio meo restituenda est vt legamus *nonne erit iniquum*, per interrogationem scilicet vt in *l.ventre 84.D.de acq.her.* quasi dicat Iulianus, Etiamsi cōtutor ab hac parte culpa vacet, adhuc tamen esse iniquū vt aliqua ei in magistratū actio detur: Nemo enim ideò teneri potest præsertim subsidiaria & extraordinaria actione quod alij culpa aliqua imputari possit vel non possit. Verumenimuerò cū dicta lex 3. sumpta sit ex Iuliani libro vicesimoprimo Digestorū ex quo etiā video desumptā *l.duo tutores 5.eo.tit.* facilè mihi persuadeo, aptādā esse legē 3. ad speciē dictæ *leg.5.* non ad speciē illam prorsus diuersam ab Vlpiano tractatam

l.pen.C.eod.
§.pen. Inst. de satisd.tutor.
l.3.& d l.2. De magistr. conuen.
l.1.§. vsque adeò De tut. & rat.dist.
l.4 C.de magist.conuen.
Tribonianismus apud Iulianum in d.l.3.
Emendatio d.l.3.
l. duo tutores 5.eod.

in *d.l.*2.Idque sanè ita esse mecum fatebitur quisquis speciem & sententiam *d. l.*5.conferet cũ verbis & sẽtẽtia *d.l.*3.Eritque hoc ni fallor insigne ac perillustre exemplum inscitiæ Triboniani in responsis prudentum componendis, ex quo poterit coniectura capi quàm multa sint alia huiusmodi in Pandectis, quorum nulla explicatio satis apta afferri possit dum plures leges ex diuersis quidem Iureconsultis aut eiusdem Iureconsulti libris depromptas sic accipimus ob earum coniunctionem,quasi & ab vno ore,profectæ sint,& vnico cõ textu exaratæ. Duo tutores partiti fuerant inter se administrationem tutelæ, Alter sine herede decesserat,superstite contutore qui erat soluendo.Quærebatur an in magistratum qui non curasset vt caueretur,an in alterum tutorem actio pupillo dari deberet.Respondit Iulianus in *dict.l.*5.æquius esse vt in alterum tutorem detur quàm in magistratum. Debuisse enim illum cùm sciret pupillo cautum non esse vniuersa negotia curare,& in ea parte quam alteri tutori commisisset,similem esse ei qui ad administrationem quorundam negotiorum pupilli non accessisset.Nam etsi aliquam partem,inquit,negotiorum pupilli administrauit tenetur etiam ob rem quam non gessit, cùm gerere deberet.Quibus verbis apertè profitetur Iulianus non alia ratione contutorem hunc conueniendum esse potiùs quàm magistratum,quàm quod ei possit culpa imputari,vel cur non suspectum fecerit contutorem, vel non satis ab eo exegerit,aut cur non potiùs ipse vniuersam rem pupillarem curauerit,cùm sciret pupillò cautum non esse vt lex præsupponit. Quid ergo si id ignorauerit ? aut iustam aliquam causam habuerit existimandi satis pupillo cautum esse ? Hoc nimirum casu cessant rationes omnes Iuliani , quem ideò credendum non est vel casum hunc prætermisisse, vel in eo quoque in quo tã diuersa ratio esset idem ius constituisse.Subiiciamus ergo verba dictæ legis 3. ad finem legis quintæ,Et tunc apparebit verissimè & aptissimè scriptum fuisse à Iuliano ipsissimis iis verbis *quòd si tutor ab hac parte culpa vacet, non erit iniquum aduersus magistratum actionem ei dari*:Cui verò? An tutori? Minimè, sed pupillo.Nec enim Iulianus quæstionem sic conceperat, Vtrum tutori in magistratum actio dari deberet,de quo nec-quicquam est in tota illa Iuliani lege,sed,An in magistratum qui non curasset vt caueretur, an in alterum tutorem actio pupillo dari deberet.Nec verius quicquam meo iudicio , vel aperiùs dici potest,Tribonianum fefellit vt crediderit parum referre an ea Iuliani adiectio poneretur post legem 3.an post l.5.quod in vtriusque legis specie tractabatur de contutore cui culpa poterat imputari,ex eo quod sciebat contutorem suum non satis idoneè pupillo cauisse.Sed obseruare debuerat longè aliam esse quæstionem quæ apud Vlpian.in *dict.l.*2.tractatur,aliam verò quæ apud Iulianum in *dict. l.* 5. Apud Vlpianum quærebatur an tutor aduersus magistratum agere posset,Apud Iulianum verò,an pupillus.Proinde quod ex Iuliano scriptum legimus in *dict. l.* 3. in magistratum actionem *ei* dandam esse non de tutore accipi debet quomodo accipiendum esset necessariò,si essent ea verba ex eodem Vlpiani contextu , sed de pupillo de quo Iulianus loquebatur.

Inscitia Triboniani in prudentum legibus coniungendis.

Coniungendam fuisse legem 3.cum l.5.non cùm l.2.

ILLATIO XLIX.

De actione pupillo non nisi in viriles danda si plures sint magistratus.

QVadragesimononò ex eodem Principio fit, vt si plures magistratus simul tutorem dederint, nec cautionem saltem idoneam exegerint, non sit optio eius qui pupillus fuit cum quo potissimum agat, sed contentus esse debeat, quod pro portione in quemque eorum actionem habere possit dummodo ei res salua sit, id est vtroque existente soluendo *l. in magistratus 7. eod. tit.* D. *de magistr. conuen. l. 3. C. eod.* Nimirum si nihil dolo malo fecerint magistratus, Alioqui pupillo danda in solidum actio est in quem velit ex magistratibus vt eadem lex 7. ait, Quia licèt actio ista subsidiaria non sit comparata nisi ex necessitate & æquitate hactenus ne pupillo quicquam absit, dolo tamen interueniente, nulla opus est actione subsidiaria cùm si ea non esset actio de dolo sufficeret quæ denegari non posset pupillo dolū & damnum passo. At quia ipsa quoque de dolo actio non nisi subsidiaria est, nec competit quandiu alia etiam extra ordinem dari potest, quæ non sit famosa *l. 1. §. ait prætor & §. idem Pompon. refert D. de dolo*, perinde quidem vtilis est actio hæc subsidiaria in magistratus dolosos acsi esset necessaria, Verum cum hac distinctione & accessione, quod magistratus per eam conuenti non debent habere beneficium diuisionis, quod alioquin haberent exemplo fideiussorum. Nam cùm illud beneficium totum sit ex æquitate, quis æquum putet vt iis qui dolum admiserunt fauatur? *l. penult. in fin.* D. *ad SC. Trebell.* Qui enim diuisionis beneficium prætendit is excipit periculi societatem *l. si plures 38.* D. *de adm & peric. tutor.* societas porrò doli & delicti nulla est nec esse potest *l. 1. §. nunc tractemus versic. planè si ex dolo* D. *de tutel. & rat. distr.*

l. in magistratus 7. eod. tit. De magistr. conuen. l. 3. C. eod.

l. pen. in fin. ad SC. Trebell.

ILLATIO L.

De vno ex pluribus curatoribus interdum etiam in solidum conueniendo.

QVinquagesimò ex eodem Principio fit, quod scribit Modestinus in *l. magistratus 8. eod. tit. De magistr. conuen.* si magistratus à curatoribus adulti cautionem exegerint, Rem pupilli saluam fore, & ex his alter sine herede decesserit, indemnitatem ei à collega in solidum præstandam esse. Ne alioqui pupillus in damno moretur, cùm actionem in magistratum hoc casu nullam habere possit. Ponimus siquidem magistratum exacta cautione idonea officio suo functum esse. Posset tamen adultus agere contra fideiussores illius, qui sine herede decessit, secundum Papiniani sententiam in *l. Stichum aut Pamphilum 95. §. 1. in fin. D. de solut.* vbi scriptum est, Quoties debitor sine herede decessit licèt hoc ipso sublata principalis obligatio videatur, quæ sine persona consistere non potest *l. 1. C. de oblig. & act.* fideiussores tamen ab eo datos vtili actione ex stipulatu, teneri. Sed ea res non potest collegæ prodesse ne in solidū teneatur, quia is demum contutor beneficium diuisionis habet qui contutorem habet idoneum, non ille cuius contutor sit non soluendo quamuis idoneos habeat fideiussores. Nam inter eos demum diuiditur obligatio, qui & ex eadem causa obligati sunt, & omnes sunt soluendo tempore litis contestatę *l. inter eos 51. D. de fideiussor.* Fideiussores autem ab eo dati qui soluendo non est, licèt in-

l. magistratus 8. D. de magist. conuen.

l. Stichum aut Pamphilum 95. §. 1. D. de solut.

l. 1. C. de obl. & act.

l. inter eos 51. D. de fid.

demnitatem creditori præstare possint, non faciunt tamen vt eo minùs verum sit contutorem soluendo non esse, Ergo nec facient vt collega qui in solidum conuenitur possit habere beneficium diuisionis, Non magis quàm si fideiussores nullos haberet. Dubitandi tamen ratio apud Modestinum erat, quod cùm regulare sit vt non priùs ad contutorem veniri possit quàm excussi sint magistratus, eorúmque fideiussores vt suprà diximus ex *l.1.§.vsque adeò D.de tutel. & rat.distr.* Scilicet cùm idonei contutoris aliqua culpa argui potest, quòd cõtutorem suspectum non fecerit *l.Lucius 46.§.pen.D.de adm.tutor.l.vlt.D.rem pupill.salu.for.* consequens videbatur vt quo casu magistratus conueniri non poterat qui prior conueniendus esset, multò minùs conueniri posset collega qui non nisi posterior conueniri potest. Sed ratio decisionis est, quia quod magistratus conueniri nõ potest, quippe qui fecerit omne id quod ex officio facere debuit cautionem idoneam exigendo, tantò magis obligat collegam vt ex cõtutoris quoque persona & in solidum teneatur. Alterutrum enim euenire necessarium est vt pupillus actionem habeat, vel in magistratum pro parte illius contutoris qui non est soluendo, vel in collegam qui est soluendo, licèt possit etiam habere aduersus fideiussores eius qui decessit non soluendo & sine herede. Potest etiam dici fideiussores eius qui sine herede decesserit desinere teneri ipso iure, cùm fideiussoria obligatio quæ accessoria est, non possit subsistere sine principali *l.si fideiussor 19.D.de dolo.l.postquàm 5.in pr.D.vt leg.nom. caueat.* Ideóque actionem, quæ contra eos datur vtilem appellari à Papin. in *d. l.Stichum §.1.* Atqui vtilis illa actio cùm non sit nisi subsidiaria, & ex æquitate, non potest impedire aut excludere actionem directam quæ cõpetit in contutorem, nec inducere beneficiũ diuisionis cùm non possit diuidi actio nisi quæ eadem contra plures in solidum cõpetit stricto iure. Non autem est eadẽ quæ contra vnum est directa, contra alium verò vtilis: siquidem toto genere differunt actiones vtiles à directis, tùm quoque cùm ex eodem negotio proficiscũtur. Neque rursum posset ea vtilis actio impedire actionem subsidiariam, quæ ex Senatusconsulto & Principum constitutionibus datur aduersus magistratũ: nisi pro magistratu illud faceret quod nulla ipsius culpa est cùm ab initio satis idoneè exegit, nec debet pupillo præstare casum illum fortuitũ, quòd vnus ex tutoribus sine herede decesserit, etiamsi ex ea causa fideiussores quoque omnimodo liberarentur *d.l.1.§.si magistratus eo.* Hæc enim etsi subsidiaria, actio tamen ordinaria est cùm cõpetat ex Senatusconsulto *l.2. D. de magistr. conuen.* licèt vtilis tantùm sit non directa *l.1.§.pen.C.eo.* Vtilis autem quæ & ipsa subsidiaria est & inducta per solam prudentum interpretationem non potest impedire aut excludere ordinariam qualis illa est quæ ex Senatusconsulto datur. At neque subsidiariam quia quoties plures actiones eiusdem iuris & potestatis competere possunt numquam alia aliam tollit, vt de obligationibus scriptũ est in *l.si reus 13.D.de duob.reis.l.si duo 93.D.de solut.* Potentiorem enim & maiorem necesse est eam esse quæ aliam tollat, minorem verò & infirmiorem eam quæ tollatur.

l.1 §. vsque adeò De tut. & rat. distr. l.Lucius 46 §. pen. De admin. tut. l.vl. D. rem pup. salu. for.

l. si fideiussor 19. D de dolo. l. postquã 5. in pr. D. vt leg nom. caueat.

ILLATIO LI.

De actione qua in Magistratum competit etiam ad vsuras danda.

QVinquagesimoprimò ex eodẽ Principio fit, quod idẽ Modestinus respõdit in *l.vlt.eod.tit.De magistr.conuen.* actionem illam subsidiariam quæ in magi-

l.vlt. D. de magistr. conuen.

magiſtratum datur non tantùm ad ſortem exigendam dari,ſed etiã ad vſuras. Etſi enim conſtitutum ſæpius eſt pœnarum vſuras peti non poſſe, hæc autem actio comparata eſt in pœnã magiſtratus,qui officio ſuo benè functus nõ eſt, Tamen non idcirco pœnalis actio eſt,ſed rei perſecutoria cùm per eam pupillus rem non pœnam perſequatur,nec aliam cauſam habeat quàm ne quid pupillo abſit ex iis omnibus,quępoſſet ille exigere à tutore actione tutelæ. Atqui actio tutelæ non ad ſortem duntaxat competit,ſed etiam ad vſuras. Perinde igitur competere debet aduerſus magiſtratus. Idque eſt quod Modeſtinus ait cãdem actionem in magiſtratus dari quæ competit in tutores: Eandem ſcilicet non genere aut ſpecie vt Bart. interpretatur,ſed effectu & poteſtate. Nemo enim actionem hanc in magiſtratus competentem dixerit eſſe actionem ipſam tutelæ,quæ contra tutores datur,licèt eaſdẽ habeat præſtationes, quo reſpectu quamuis minus propriè poteſt dici eadem actio *arg. l. actio 47. D. de neg. geſt.*

ILLATIO LII.

De actione pupillo danda etiam in eos qui magiſtratui indemnitatem promiſerunt.

QVinquageſimoſecundò ex eodem Principio fit,vt ſi magiſtratus à tutoribus ſeu curatoribus quos dederũt ſeu nominauerũt ſtipulati ſint ſe eo nomine indemnes futuros,& ſi quid præſtitiſſent repetituros, in eámque rem fideiuſſores acceperint,ex alia cauſa quàm ſatiſdationis, Rem pupilli ſaluam fore,poſſit pupillus, vel adultus non ſolùm vtilem actionem inſtituere contra magiſtratus poſt excuſſa bona vniuerſa tutoris,reuocatáque ea quæ in ipſius pupilli fraudem alienata eſſe conſtiterit,ſed etiam conſequi eadẽ actione vt mãdentur ſibi actiones à magiſtratibus aduerſus fideiuſſores quos pro ſua indemnitate à tutoribus acceperunt: Imò verò etiam ſine ceſſione vtilem actionem contra eoſdem fideiuſſores exercere, Vt ſcriptum eſt in *l. 1. C. de magiſtr. conuen.* *l. 1. C. de magiſt. conuen.* Nimirũ vt tantò tutior ſit res pupilli nec ei quicquam abſit,neque enim quicquam intereſt magiſtratuum,qui à pupillo vel adulto conueniuntur,an de ſuo ſatisfaciant an potiùs mandatis actionibus quas habent contra fideiuſſores. Quinimò intereſt eorum vt mandent actiones potiùs quàm vt ſoluant, cùm quod eiuſmodi actionum poteſtate exactũ erit,ceſſurũ ſit in exonerationẽ debiti ad cuius ſolutionẽ magiſtratus tenentur. Nõ tamen hoc ita accipiendũ eſt vt liberentur magiſtratus ſi actiones illas præſtare ſint parati: Tunc enim delegatio actionum pro iuſta præſtatione eſt cùm quis conuenitur non aliam ob cauſam,quàm quòd eas habeat actiones *l. quod debetur 51. in fi. D. de pec. l. quod ſi in diem 15. §. vlt. l. item veniunt 20. §. ait Senatus D. de petit. hered.* At in propoſito magiſtratus tenentur non quòd fideiuſſores pro indemnitate ſua acceperint,ſed quòd non acceperint ſatis idoneos pro indemnitate pupilli, ideóque tenentur etiamſi nullam habeant actionem,cùm tantò magis imputari poſſit magiſtratibus qui neque pupillo,neque ſibi proſpexerunt. Habet verò pupillus etiam ſine ceſſione vtilem actionem contra iſtos fideiuſſores, quia licèt nec ſtipulatus ſit,nec illi ad vtilitatem pupilli quicquam promiſerint, pupilli tamen fauor efficit, vt quod ipſius occaſione in ſtipulationem deductum eſt perinde ipſi pupillo prodeſſe debeat acſi eſſet ipſe ſtipulatus, Niſi quod ſi ſtipulatus eſſet, haberet directam actionem, pro qua non habet niſi vtilem ex alterius ſtipulatione vt & in *l. 2. D. quand. ex fact. tutor.*

l. quod debetur 51 in fin. D. de pecul. l. quod ſi in diem 16. §. vlt. l. item veniunt 20. §. ait Senatus D. de petit. hered.

l. 2. D. quand. ex fact. tut.

l.2.& 4.D. rem pupill. salu.for.

l.2.& 4.D.rem pupill.salu.for. Neque in eo fit vlla iniuria vel magistratibus qui bus exonerandis proficiet quod à fideiussoribus exactum erit, aut ipsis etiam fideiussoribus, quorum nihil interest an magistratibus soluant quibus promiserunt, an pupillo cui nihil promiserũt, quãdoquidẽ licèt magistratibus promiserint nõ pupillo perinde tamẽ liberabũtur à magistratibus acsi ipsis soluissẽt cùm ex eorum persona & propter ipsorum debitum soluere compellantur: Non quidem vt ipso iure desinant teneri quomodo desinerent si vel magistratibus soluissent, vel pupillo ex eorum mandato, sed vt prætor magistratibus denegaturus sit actiones contra eos quos pro magistratibus iusserit soluere, vt & in *l.si conuenerit* 18.D.*de pign.act.* Eum enim quem prætor cogat alteri soluere impunè, non soluere valdè iniquum esset *l.quod autem 6.§.apud Labeonem D. quæ in fraud.credit.l.ait prætor 7.§.1.versic.puto autem* D. *de minor.* Abutuntur verò valde supradicto Antonini rescripto quod extat in *d.l.1.C.de magistr.conuen.* qui ex eo colligunt, Non intelligi iudicem corrupisse eum qui iudicem immunem & indemnem conseruauit, Propterea quòd possit iudex indemnitatem sibi stipulari. Aliud enim est tractare de iudice, de quo illi loquuntur, Aliud verò de magistratibus municipalibus tutorem dantibus, aut à tutore exigentibus satisdationem. Magistratus enim municipalis cùm tutorem dat non idoneum, vel satis ab eo non exigit, ex eáque causa se obligat pupillo non tam quasi magistratus teneri videtur, quàm velut priuatus & quasi fideiussor tutoris non idonei à quo non satis idoneam exigit satisdationem, vt scriptum est in *l.quod ad heredem* 6.*D.eod.* De quo scripsimus ad finem illationis 45. At iudex si in officio delinquat, numquam potest haberi pro priuato aut pro fideiussore, ideóque vix vllus casus excogitari potest in quo possit ille honestè, ac citra corruptionis infamiam indemnitatem sibi ab aliquo stipulari.

l.si conuenerit 18.D. de pign.act.

l.1.C.de magist.conuen.

l. quod ad heredem 6. D.eod.

ILLATIO LIII.

De actione danda pupillo, in scribam, qui errauit in æstimanda substantia inuentarij.

QVinquagesimotertiò ex eodem Principio fit, vt si scriba qui inuentarium bonorũ pupilli vel adulti cõposuit in æstimanda substantia errauerit, & si fideiussorem acceperit, à tutore vel curatore quasi nõ amplius ducẽtis libris aurì patrimonium valet quod longè pluris erat, ex eóque læsio aliqua rebus pupilli vel adulti aduersus legum ordinem illata comprobetur, danda sit actio ex hac causa in scribam vt damnum omne sarciat *l.vlt.C.de magistr.conuen.* vbi additur non ideò tamen vitiari dationem curatoris vel tutoris, quam è contrario valere potiùs interest pupilli aut adulti. Adeò vt nec aliud sit etiamsi curator hic autoritatem præstiterit adultæ vt dotem marito daret ampliorem quã esset ea quantitas pro qua curator dederat fideiussorem, Valet enim dotis datio tanquam ritè & ex autoritate curatoris facta, Vt disertè scriptum est in *l. mulier* 28.*C.de iur.dot.* quæ cùm sit pars quædam *d.l.vlt.* vt ex vtriusque inscriptione & subscriptione apparet, sic coniungendæ ambæ sunt vt vna recipiat ex alia interpretationem: quod & ante nos feliciter obseruauit Iacob. Cuiac. *lib.* 16.*obser.cap.*14.

l.vlt. C. de magistr.conuen.

l.mulier 28. C. de iur. dot.

ILL.

ILLATIO LIV.

De prædiis minorum vel rusticis, vel suburbanis non distrahendis.

QVinquagesimoquartò referrri ad hoc Principium potest oratio Imperatoris Seueri de prædiis minorum rusticis, vel suburbanis sine decreto non distrahẽdis, De qua in *l.1. & tot.ti.D.de re.eor.qui sub tute.& C.de præ.min.* Quæ.n.alia melior orationis ratio adferri potest, quàm quòd nõ aliter visũ sit posse minoribus bene prospici, ne quid eis abesset, cùm ei quoq; qui rei vẽditę precium habeat, non eo minùs verum sit rem abesse? Non enim sicut in re ipsa continetur rei æstimatio eminenter quamuis non formaliter, Ita possis vicissim dicere in æstimatione rem quoque ipsam aut eminenter, aut etiam æquipollenter contineri *l.si aly 42.§.1.D.de vsur.§.si res aliena 6. instit.de legat.* Abest igitur aliquid minori cuius res vendita est, Et ob eam nimirum causam cùm oratio Diui Seueri de prædiis tantum iisque vel rusticis, vel suburbanis locuta esset, non etiam de prædiis vrbanis nec de mobilibus quorũ venditio si nõ vtilis pupillo certè minùs dãnosa videbatur, quòd eorum, vel nullus, vel perexiguus fructus esse soleat, Visum est Cõstãtino in *l.lex quæ tutores 22.C.de admin.tutor.* idem ius constituendum esse in rebus omnibus minorum, vt nullas possit tutor, vel curator sine prætoris decreto alienare, Exceptis duntaxat iis vestibus, quæ detritæ vsu seu corruptæ seruando seruari non potuerint, itémque animalibus superuacuis *l.vlt.C.de præd.minor.* De quo videnda sunt quæ scripsimus ad Princip.præcedens illat.84. Quia tamen verendum erat ne minorum vtilitates læderẽtur si eorum bona præcisè & absolutè prohiberentur alienari, optimè constitutum est à Seuero primum deinde à Cõstatino, vt eiusmodi prohibitio exceptionem illam habeat *nisi decreto prætoris interueniente.* Permittenda enim fuit alienatio iis casibus quibus prætor videret fore id è re minoris puta si vrgeret æs alienum, At rursum ne passim liceret prætori pro arbitrio hanc alienationem permittere placuit, Non aliam posse iustam esse causam permittendæ alienationis, quàm æris alieni exsoluendi gratia, *l.magis puto 5.§.non passim & §.si æs alienum D.de reb.eor.* Nisi pater ipse minoris eam alienationem testamento, aut in quauis alia vltima volũtate permisisset *d.l.1.§.1.l.vlt.eod.* Non enim sufficeret quod aliquando pater dum viueret aliquas res suas venales habuisset, nec eò minùs abstinendum erit venditione si non expressim testamento cauerit, vt distraherẽtur *d.l.1.§.si defunctus,* Vbi ratio redditur, quod non vtique qui voluerit ipse vendere, idem etiam postea distrahenda putauit. Nec rursus alienatio solùm rerum minoris prohibita est, sed etiam obligatio *d.l.1.§.1.* quia scilicet per obligationem & pignoris constitutionem peruenitur ad alienationem, cùm non possit debitor vẽditionem pignoris impedire *tot.tit.C.debit.vendit.pignor. imped.non poss. & tot.tit.De distr.pignor.D.& C.iunct.d.l.magis puto 5.§.si pupillus De reb. eor.* Ideóque videtur iam aliquid abesse ei cuius res obligata est, cùm non possit impediri creditor quominùs suum ius exequatur, & rem euincat, nisi debito soluto *l.si mancipium 34.§.vlt.cum l.seq.D.de euict.*

l.1. & tot.tit.D.de re.eor. & l.1.C. de præd.minor.

l.si aly 42.§.1.D.de vsur.§.si res 6.Instit. de legat.

l.lex quæ tutores 22.C. de admin.tutor.

l.vlt. C de præd. min.

l.magis puto 5.§.non passim & §.si æs alienum D. de reb.cor.

l.1. §.vlt. eod.

d.l.1.§.si defunctus.

d. l. magis puto §.si pupillus.

l.si mancipium 34.§.vlt. cum l. seq. D. de euict.

ILLATIO LV.

De minore qui emit prædia hac lege vt quoad precium solueret essent pignori obligata.

QVinquagesimoquintò ex eodẽ Principio fit, vt si minor vigintiquinque annis emerit prędia hac lege, vt quoad preciũ solueret, essent pignori obligata venditori, non possit pignus valere *d.l.1.§.vlt.*D.*de reb. eor.* vbi rationem Vlpianus reddit quod statim atque dominium quęsitum est minori cœpit nõ posse obligari. Atqui dominium quęsitum fuit minori per emptionem secuta traditione & quęsitum fuisse necesse est priusquàm pignori res dari potuerit, cùm ad constitutionem pignoris vtiliter faciendam necesse sit rei dominium ad oppignorantem pertinere *l.& quæ nondum 15.§.quod dicitur D.de pignor.& tot.tit.C.si alien.res pignor.dat.sit.* Hoc ipso igitur quod res minori acquisita cœpit posse obligari tanquam acquisita, cœpit etiam eodem instanti non posse obligari propter personam acquirẽtis, id est quasi acquisita minori, cui inciperet quodammodo abesse statim atque inciperet esse obligata. Paulus tamen contrà sensisse videtur. Is namque in *l.2.eod.tit.* in contrarium argumentatur ex eo, quod in proposita specie pignus vnà cum dominio quæsitum est, & ab initio obligatio inhæsit. Addit *quod si à fisco emerit minor, nec dubitationem esse quin ius pignoris saluum sit.* Sed ad priorem rationem facilè est pro Vlpiano respondere, negando quod Paulus pro vero assumit, pignus simul cum dominio quæsitũ esse. Nã imò verò necesse est, vt dominiũ acquisitum fuerit minori priùs quàm potuerit à minore obligari, vt diximus. Quod verò subiungit de venditione facta per fiscũ, aliã & propriã habet rationem: Illam nimirum quod fiscus in bonis omnium cum quibus contrahit habeat ius tacitæ hypothecæ *l.2.C.in quib.caus.pign.vel hypoth.tacit.contr.l.auffertur 46.§.fiscus D.de iur.fisc.l.penult.C.de priuil.fisc.* Inde namque fit, vt in hoc casu quo minor à fisco emit, vera sit prior illa ratio Pauli quam cæteris vendẽtibus falsam esse diximus, quod pignus simul cum dominio quæsitum fuerit & ab initio pignoris obligatio inhæserit, quia eo ipso instanti quo dominium incipit esse minoris, id est in vltimo instanti acquisitionis obligatio pignoris contrahitur sola legis potestate ex qua etiam fit, vt dominium acquiratur: Nec duo instantia separata interuenire oportet, Vnum quo dominium acquiratur, Alterum quo iam sit acquisitum ad pignus vtiliter constituendum: quod euenit in expresso pignore conuentionali: Lex enim operatur in instanti, non etiam homo, vt nec vnquam natura. Sicque explicanda hæc ratio est non quomodo explicat Bart. post Dynum ponens venditam esse rem à fisco eo pacto vt esset sibi obligata donec pecunia solueretur, nam imò ponendum est venditam fuisse sine vllo pacto de hypotheca. Non enim magis vtile posset esse hoc pactum in venditione facta per fiscum quàm in facta per priuatum, Nec rursus illa etiam ratio vera est quam Bart. adfert, quod ex obligatione legali minor obligetur. Non enim hic agitur de obligando minore, sed de obliganda re minoris, quæ tamen obligari non posset ne quidem per legem si ante contractam pignoris obligationem dominiũ plenè fuisset minori acquisitum, ac non potiùs in vltimo instanti acquisitionis, Alioqui secum lex pugnaret si obligaret rem minoris quam eadem ipsa obligari prohibet quæ ratio est *l. vlt. C.de legit.tutel.* Illud sanè verum est quod idẽ Bart. notat ad *d.l.2. num.3.* obligatione

d.l.1.§. vlt. D.de reb. eor.

l.2. eod. tit.

gatione consuetudinaria, vel statutaria, sicut & legali etiam minorem obligari *l. sine herede 32. §. Lucius D. de admin. tutor.* Itaque & Paulus ipse tandem concedit in sententiam Vlpiani cum subiungit *si igitur talis species in priuato venditore inciderit, imperiali beneficio opus est, vt ex rescripto pignus confirmetur.* Cur enim aut imperiali beneficio, aut aliqua confirmatione opus esset si pignus ipso iure valeret? At cur imperiali beneficio? An non posset sufficere decretum prætoris vel præsidis? Minimè, quia nec prætori, vel præsidi permissum est, vt permittat obligationem bonorum pupillarium, nisi ex causa æris alieni, vt iam dictum est, Absurdum autem esset eodem decreto permitti pupillo, vt & alienum æs contrahat, & ad illud dissoluendum quicquam ex bonis suis obliget. Imperialis beneficij alia ratio est, quia neque certis illis legibus obstringitur, & potest sequi pignoris constitutionem ad eam confirmandam, cùm è contrario decretum prætoris, vel præsidis debeat præcedere *dicta lege magis puto §. non passim & §. ne tamen* iunct. *l. 2. C. quand. decret. opus non est.* At illa hìc adhuc dubitatio incurrit, quod etiam cùm à priuato, id est ab alio quàm à fisco venditio fit videtur tacitè pignus contrahi in re vendita, vt eam velut iure pignoris retinere possit venditor quoúsque precium soluatur *l. Iulianus 13. §. offerri D. de action. empt.* Quid ergo potest interesse an priuatus, an fiscus vendiderit? Verùm respondendum est Vlpianum in *dicto §. offerri*, non loqui de vero pignore quod contractum sit, siue per expressam, siue per tacitam conuentionem, sed de quasi pignore, vt verba sonent, & apparet ex eo quod ait venditorem posse rem retinere quoadúsque precium integrum sit solutum. Quomodo namque retineret rem, quam iam tradidisset? Atqui sine traditione certum est non posse dominium rei venditæ transferri in emptorē *venditæ Inst. de rer. diui.* nec rursus vllum pignus, siue expressum, siue tacitū constitui ab eo qui numquā factus sit dominus, Non igitur verum esse potest rē venditam necdum traditam tacito pignoris iure intelligi esse obligatam venditori. Traditione verò secuta, multò minùs, cùm eo casu non sit amplius tractādū de retentione quasi iure pignoris, aut potiùs vice pignoris venditori danda, Neque verò casus hic numeratur inter eos de quibus in *titu. D. & C. in quib. caus. pign. vel hypoth. tacit. contr.* Sed etsi tacitum pignus aliquod hoc casu contrahi intelligeretur, nō ideò tamen posset videri par causa fisci & priuati venditoris. Distinguendum enim est tacitum pignus quod ex tacita conuentione proficiscitur, ab eo quod ex tacita legis potestate. Nam quod ex tacita conuentione proficiscitur, non alterius rationis, aut maioris potestatis esse potest, quàm si expressa conuentione niteretur, quia nec potest fingi tacita illa conuentio interuenisse nisi eo prorsus modo & tempore quo expressa interuenire potuisset. Ergo non in instanti, nec nisi post acquisitum rei oppignoratæ dominium. At quod à tacita legis vi ac potestate proficiscitur nihil simile, aut commune habet cum cōuentionali, nec quicquam impedit, quominùs & in instanti constituatur, & simul cum ipsa acquisitione dominij hoc est vltimo acquisitionis instanti, non expectato alio instanti quo dominium iam acquisitum reperiatur, Vnde etiam petenda est conciliatio Vlpiani & Papiniani in *l. si qui mihi 28. D. de iur. fisc.* cum Scæuola in *l. vlt. D. qui potior. in pign. hab.* secúdum ea quę docuimus *li 2 Coniect. cap. 12.*

l. si qui mihi 28 D. de iur. fisc. l. vl D. qui pot. in pignor. hab.

Indè etiam petenda responsio est ad quæstionem quam proponit Bart. ad *d.l.2. num.2.* An minor intrando monasterium statim dominium rerum suarum transferat in monasterium absque decreto. Licèt enim translatio illa fiat sola legis potestate, fit tamen quasi ex tacita conuentione cui supplexa locus nullus relinquitur in persona minoris qui ipse conuentione expressa rerũ suarũ dominiũ in monasteriũ trãsferre non posset, siue pupillus esset, siue adult' ne maior sit vis taciti quàm expressi. Nec alienatio ista si qua fieret per ingressum monasterij causam haberet necessariam, sed voluntariam, manantémque ex facto & voluntate minoris cui voluntati lex occurrit non vt impediat ingressum monasterij, sed vt impediat alienationem bonorum sine qua nec quicquam vetat minorem ingredi posse monasteriũ. Ergo quod ad alienationem hanc attinet omnimodo necessarium erit decretum. Reiecta illa distinctione quam Bart. probare videtur, An de pupillo agamus, an de adulto. Et hanc distinctionem nostram expressi & taciti pignoris non cuiuslibet, sed quod cum ipsa dominij acquisitione contrahatur mirificè illud confirmat, quod sequitur ex Vlpiano in *l.3. in princip. eod. titu. De reb. eor. qui sub tutel.* Si pecunia alterius pupilli alteri pupillo fundus sit comparatus, ísque pupillo vel minori traditus magis esse vt quemadmodum fisco ita & huic pupillo cuius pecunia fundus comparatus est, saluum sit ius pignoris secundum constitutionem Imperatorum Seueri & Antonini. Ponit Vlpianus fundum traditum, quia si traditus non esset nullo pignoris iure indigeret venditor ad eum retinendum cùm non priùs esset audiendus emptor si ex empto ageret ad tradendum quàm omne precium exsoluisset *d.§. offerri.* Item quia non potest quæri de vllo iure pignoris in ea re acquisiti venditori quandiu res non est tradita, siquidem interim remanet venditoris cui proinde non potest esse obligata *l. neque pignus 45. De reg. iu.* Et tamẽ pupillo qui vẽdidit vult Vlpianus saluum esse ius pignoris, quia pignus illud tacitùm est quod sola legis potestate constituitur in fauorem pupilli ex cuius nummis res comparata est, Nec tãtùm pignus tacitum, sed etiam cũ iure prælationis *l. idémque 7. D. qui potior. in pign. habeant.* Itaque bona est comparatio fisci & huius pupilli, non similiter alterius cuiuslibet priuati venditoris, nullum taciti pignoris priuilegium habentis.

l.3. in princ. D. de reb. eor.

l. idémque 7. D. qui potior. in pignor. hab.

ILLATIO LVI.

De iure minoris emphyteutico citra decretum non alienando.

QVinquagesimosextò ex eodẽ Principio fit, vt si ius ἐμφυτευτικὸν, vel ἐμβατευτικὸν habeat pupillus in prædiis scilicet sibi nõ ad modicum tempus locatis fruendísque datis, nec à tutoribus distrahi hoc possit *d.l.3. §. si ius eod. tit. De reb. eor. l. etiam vectigale 13. C. de præd. minor.* quia licèt ius prædij hoc sit potiùs quàm ipsum prędiũ, oratio autem Seueri nõ nisi de prædiis & quidẽ suburbanis, vel rusticis locuta sit, videretur tamẽ pupillo suũ prædium abesse quodãmodo si huius iuris distractio permitteretur, Cùm quisquis tale ius habet possit fundũ in perpetuũ retinere inuito etiam domino si modò vectigal annuum in perpetuum soluat *l.1.2. & 3. D. si ager vectig. emphyt. esse dicat.* vbi ob hãc causam scriptum est emphyteutis actionẽ in rem competere aduersus quem-

l.3. §. si ius D. de reb. eor. qui sub tutel.

l. etiam vectigale 13. C. de præd. minor.

quemuis possessorem, etiamsi domini non sint. Cur non ergo possint dominis hac parte æquiparari, cùm & aduersus dominum ipsum non solùm exceptionem habeant, sed etiam in rem actionem vt scriptum est in *dict. l. 1. §. vlt. & in l. 1. §. is autem & §. quia autem D. de superfic.* Vnde illa fluxit differentia duplicis dominij directi vtilis à nobis alibi confutata, & quæ refellitur euidentissimè ex hoc ipso Vlpiani loco. Si quo enim alio vnquam casu potuisset Vlpianus dominium hoc vtile in emphyteutæ persona agnoscere, agnouisset sanè in persona pupilli ius hoc emphyteuticum alienare volentis, cùm nihil esset quod alienationem hanc impedire magis posset, quàm quod pupillare dominium alienari non possit. E contrario autē nihil tā faceret pro alienatione ista permittenda, quàm quòd sola prædiorum alienatio prohibita esset, alienatio autem dici non potest per quam dominium prędij nullum transferretur *l. 1. C. de fun. dot.* Quam rationem dubitandi eleganter exprimit Vlpianus iis verbis *quamuis ius prædij potiùs sit.* Dominium enim ius personæ est in prędio non ius prædij, Neque tamen hic sibi temperant interpretes quin adscribant eam Vlpiani esse sententiam, vt dominium vtile pupillare non magis alienari possit, quàm directum.

De distinctione dominij directi & vtilis.

l. 1. C. de fund. dotal.

ILLATIO LVII.

De venditione lapidicinarum, vel cretifodinarum, vel argentifodinarum pupillarium.

QVinquagesimoseptimò ex eodem Principio fit, vt si lapidicinas, vel quæ alia metalla pupillus habeat stipteriæ & aluminis, vel cuiusuis alterius materiæ, vel si cretifodinas, vel argētifodinas, vel quid aliud simile, quod tamē priuatis liceat possidere, aût etiam salinas, impediatur alienatio, non quidē ex verbis orationis (nec. n. ista sunt prędia rustica, vel suburbana) sed tamen ex sententia orationis, quia id egit oratio ne quid abesset minori ex iis omnibus quę fructum ei aliquem adferre possent, in quo numero ista omnia esse nemo negauerit *d. l. 3. §. vlt. D. de reb. cor. qui sub tutel.*

d. l. 3. §. vlt. D. de reb. cor.

ILLATIO LVIII.

De legato fundi pupillaris herede instituto pupillo.

QVinquagesimooctauò ex eodem Principio fit, vt quāuis testator heredis sui rem possit legare, ac per fideicommissum relinquere perinde ac suā, adeóque siue heredis esse sciuerit, siue ignorauerit *l. vnum ex familia 67. §. si rē De legat. 2.* Si tamen fundus legatus fuerit, vel per fideicommissum relictus Seio à pupillo herede instituto eodémque domino illius fundi, locus sit orationi & impediatur hoc legatum aut fideicommissum, ne inconsulto prætore res pupillaris alienetur *l. magis puto 5. §. si fundus eod. tit. De reb. cor. qui sub tutel.* Prætoris autem erit inspicere vtrum expediat pupillo hereditatem adire séque ad legatum illud aut fideicommissum præstandum obstringere an potiùs hereditatem omittere ne rem suam alienare cogatur. Nam si opulenta sit hereditas non erit prohibenda hæc alienatio ne maiore damno afficiatur pupillus si omittat hereditatem. Semper enim cauendum est ne dum nimia subtilitate vtimur circa res pupillares, conuertamus in eorum perniciē quod ipso-

l. magis puto 5 §. si fundus eod. tit

rum fauore constitutum fuit *l.penult.*C.*ad* SC.*Trebell.* Illa tamen in proposito emergit dubitatio quantum ad fideicommissum attinet, quod nihil videatur alienare pupillus cùm rem suam ex fideicommisso præstat, Siquidem alienatio dicitur ille demùm actus per quem dominium transfertur *l.1.C.de fund. dotal.* Heres autem qui rem aliquam, siue suam, siue hereditariam tradit ex causa fideicommissi, non transfert dominium, sed possessionem duntaxat, vt disertis verbis scriptum est in *l.qui vsumfructum* 3. *D. si vsusfr.pet.* Possessionis verò translatio, vel omissio, alienatio non est *l.non alienat.*119. *De reg.iur.* Verùm respondendum est, Per traditionem factã ex causa fideicõmissi nõ quidẽ transferri dominiũ quiritiarium, quoniam traditio illa nuda est, cùm non habeat iustam causam *l.numquam nuda* 30.D.*de acquir.rer.dom.* id est iuri & legibus cognitã, siquidem fideicõmissa iuris vinculum nullum habent *tit.Inst.de codicill.* Sed tamen transferri dominium bonitarium cùm fideicommissarius in bonis suis habeat rem sibi ex causa fideicommissi traditam *l. Herennius* 42. *D.de vsur.l.facta* 63.*D.ad SC.Trebell.* Hoc verò sufficere ad impediendum ne pupillus sine decreto prætoris possit rem suã ex causa fideicõmissi dare, quãdoquidẽ dominium bonitariũ illud est, quod omnes dominij vtilitates & cõmoditates cõtinet, siue agendũ sit, siue excipiendum *l.rem in bonis* 52.*D.de acq. rer.dom.* Semper enim dominus bonitarius si concurrat cũ Quiritiario ei præfertur, vt scribit Vlp. *tit.*19. De *acquisit.rer.* & constat ex *l.doce* 6.C.*de rei vindicat.* iunct. *l.quamuis* 75.*D.de iur.dot.* vt non immeritò dominium istud iuris Quiritium dicatur à Iustiniano nudum & antiquæ subtilitatis ludibrium in *l.vnic.C.de nud.iur.Quirit.tollend.* Illud non est prætermittendum, quod additur in *d.§.si fundus*, Si pupillus heres oneratus sit legato, vel fideicommisso præstandæ rei quæ fuerit ipsius testatoris cessare orationem. Quidni enim licuit testatori saltem suis rebus, quam voluit legem dicere? Sed tamen in legato id expeditius est quàm in fideicommisso, Legatum enim si per vindicationem relictum sit transit recta via in legatarium numquam factum heredis *l.legatum* 80.*De leg.*2.iunct.*l.à Titio* 64.*in fin.*D.*de furt.* Sed si res per fideicommissum relicta sit non similiter potest dici, non fieri eam interim heredis. Quomodo enim per fideicommissum præstare posset id cuius ipse dominus non esset? Idémque iuris est si legatum per damnationem relictum proponatur. Dare enim damnatus heres, non potest implere testatoris sui voluntatem si non transferat dominium, cùm dare nihil aliud sit, quàm dominium transferre *l.vbi autem* 75.*§.vlt.*D.*de verb.obligat.* dominium porrò transferre non potest, qui non habet. Atqui ex quo res facta est pupilli desinit alienari posse inconsulto prętore sicut nec inuito eo discedere dominium ab eo posset *l.si ego* 9.*§.si res D.de iur.dot.* Nihil ergo videtur interesse an pupillus rem suam an hereditariam per legatum damnationis dare iussus, aut per fideicommissum præstare rogatus sit. Ideóque possit quis fortasse credere Vlpianum in *dicto §.si fundus*, ita scripsisse *& putem siquidem rem suam legauit cessare orationem*, nec quicquam adiecisse de fideicommisso. Nam & cùm de legato simpliciter loquuntur Iureconsulti, vt plurimùm de legato vindicationis intelligunt, quoniam & legatum omne quod fit per verbum *lego* vindicationis legatum est. Verùm non puto eam Vlpiani sententiam esse, sed illam potiùs vt distinguendum sit, an heres pupillus oneratus sit de præstanda re sua, quæ numquã fuerit testatoris, an verò de re testatoris quæ numquam

l.qui vsumfructum 3. D.si vsusfr. pet.

l. Herennius 42.D.de vsur. l.facta 63. ad SC. Trebell.

l.rem in bonis 52. D.de acquir.rer. domin.

l. vni.C.de nud. iur. Quirit. toll. d. §. si fundus.

quam fuerit pupilli, nisi ex causa hereditaria. Ratio est, quia quod per legatum damnationis, aut per fideicommissum relinquitur, licèt fiat heredis, & consequenter alienetur cùm præstatur, causam tamen alienationis habet necessariam, Quoniam ab initio acquisitionis habuit onus illud admixtum, vt alteri deberet prestari, nec potuit acquiri heredi nisi cum suo onere. Quemadmodum diximus illat. 55. de fundo quem pupillus emit à fisco, accepítque per traditionem, nec tamen precium eius soluit, non eo minus obligatum illum esse fisco quod factus sit pupillaris & eodem prorsus iure quo si ab alio quolibet emptus esset ex *l. 2. eod. tit. De reb. cor.* Quod non similiter dici potest grauato pupillo præstare eam rem quæ ipsius fuit antequàm heres esset. *l. 2. eod. tit.*

ILLATIO LIX.

De non repudiando legato fundi citra decretum prætoris.

QVinquagesimononò ex eodem Principio fit, vt pupillus fundum sibi legatum repudiare sine prætoris autoritate non possit *d. l. magis puto 5. §. fundum D. de reb. cor.* vbi ratio redditur, quòd nemo dubitet esse hanc alienationem, cùm sit res pupilli. Quæ ratio ostendit loqui Vlpianum hoc loco de legato per vindicationem cuius proprium illud est, vt recta via trãseat in legatariũ: vt proxima illatione diximus. Ergo si pupillo legatũ sit per damnationem, aliud erit, ac multò magis si fideicommissum pupillo relictũ proponatur, quia his casibus pupillus legatum, vel fideicommissum repudians nõ tam dici potest alienare cùm dominus numquam fuerit, quàm acquirendi occasionem amittere vt in *l. quod autem 6. in princ. D. quæ in fraud. credit.* Oratio autem alienationes solas prohibet, cásque non omnes, sed prædiorum duntaxat pupillarium rusticorum, vel suburbanorum. Apparet autem clarissimè ex hoc loco, quàm falsum sit quod nõnulli tradunt dominium legati nõ acquiri recta via legatario nisi ad effectum trãsmissionis. Si enim nullum aliud ius haberet legatarius in legato nihil causæ esset cur pupillus illud repudiando alienare quicquã videretur, vt certè non alienat, qui repudiat legatũ per dãnationẽ aut fideicõmissum, quoniam ista non acquiruntur ipso iure, si iuris veteris ratio spectetur. Hoc enim addendum est quoniam hodie exæquatis per Iustinianum legatis & fideicommissis in omnibus, & per omnia, hoc quoque ab eo factum videtur, vt quę olim erat natura propria legatorum per vindicationem eadem hodie facta sit communis legatorum omnium & fideicõmissorũ, quãtũ ad hoc, vt eorum dominiũ etiam quiritiariũ si quod amplius est, (quomodo certè superest, nõ nudum quidẽ, sed plenum, vt vel titulus ipse ostendit *De nud. iur. Quirit. tollend. C.*) in legatarium quemlibet ac fideicommissarium transferatur: Postquàm scilicet placuit Iustiniano vt pro fideicommissis quoque ac legatis omnibus competebat vindicatio quæ olim non nisi pro legatis per vindicationem competebat, & quæ soli domino competere potest *l. 1. C. commun. de legat.* iunct. *l. in rem 23. D. de rei vindicat.* Itaque nec legatum nec fideicommissum quodlibet repudiare pupillus hodie poterit ne quidem tutore autore nisi interueniente decreto & autoritate prætoris. At illud mirum adhuc videri potest, Cur pupillo permittatur legatum repudiare autore saltẽ prætore posteaquàm ipso iure acquisitũ fuit, cùm dici soleat

d. l. magis puto 5. §. fundum. eod.

Dominium Quiritiariũ

l. 1. C. commun. de legat.

quod & verum est, Ea quæ iam sunt acquisita repudiari amplius non posse *l.1.* §.*decretalis* D.*de success.edict.l.Titia* 34.§. *Lucia Titia De legat.* 2. Idémque de alio quolibet legatario cui per vindicationem legatum sit tractari potest. Nam & hunc constat posse legatum repudiare, dum ne pro parte, sed in totũ repudiet *l.leg atarius* 38.*de legat.*1.*l.si tibi homo* 86.§.*cùm seruus eod.* Verùm respondendum est, duplicem esse acquisitionem legati, Vnam quæ fit sola legis potestate, de qua nunc agimus, Alteram quæ ex ipsius legatarij voluntate, De qua demum accipi debet quod dicitur, Legatum acquisitũ repudiari amplius non posse. Acquisitio enim quæ fit ex acquirentis voluntate ea est quæ nullam admittit repudiationem, Non illa etiam quæ fit per legem: Lex enim defert quidem omnia, id est etiã hereditates & ignorantibus, & inuitis, acquirit verò legatum ignorantibus *l.cùm pater* 77.§.*surdo de legat.*2. sed nihil vnquam acquirit inuitis nobis ne beneficium conferre in inuitos videatur contra regulam iuris. Et de hac posteriore nimirum acquisitione intelligi debet quod Iulianus scribit in *l.ei qui ita* 13.*D.de condic.instit.* Ei qui ita legatum accepit, si decem dederit non aliter acquiri legatum posse quàm si post impletam condicionem id egerit legatarius per quod legatum acquiri solet, nempe irreuocabiliter, voluntaria scilicet acquisitione quæ per legati agnitionem fiat. Alioqui certum est impleta condicione legati per vindicationem relicti acquiri legatum ipso iure legatario, eiúsque dominium recta via in legatarium trãsire quasi numquam factũ heredis *l.is cui via* 11.§.1. D.*quemadm.seruit.amit.* sed non eo minùs habet saluum ius repudiandi quandiu legatum ipse non agnouit. Illud etiam ex hoc §. intelligimus, falsissimum esse quod Iacob.Cuiac.docuit ad *l.filiusfamilias* 16.*D.qui testam.facer.poss.* personalem duntaxat actionem acquiri legatario ignoranti non etiam dominium legati. Nam præter id quod pugnat ea sententia cum supradictis penè omnibus aliisque innumeris iuris locis, non prohiberetur pupillus relictum sibi legatum repudiare sine decreto prætoris si dominium non haberet. Neque enim videretur repudiãdo alienare eam rem cuius nõdum haberet dominium, nec oratio Seueri prohibet minoribus ne actiones suas personales alienẽt, sed ne dominium quod iam habent prædiorum suburbanorum, vel rusticorum. Et de re ipsa legata non de actione personali quæ ad eam consequendam competit apertè loquitur Vlp.in hoc §.iis verbis *cùm res sit pupilli*, Idque tam aperti iuris esse ait, vt dicat neminẽ de eo dubitare. Nec pro viro doctissimo quicquam facit Pomponius in *d.l.filiusfamilias.* Est enim alia longè illius loci & lectio & sententia quam nos docuimus libris Coniect.

l. legatarius 38. de legat.1.l.si tibi homo 86 §. cùm seruus eod.

l.cùm pater 77.§.surdo de legat.2. l.ei qui ita 13.D.de condic.instit.

l.filiusfamilias 16. D. qui testam. fac.poss.

ILLATIO LX.

De datione in solutum facta per pupillum sine prætoris autoritate.

SExagesimò ex eodem Principio fit, vt si pupillus stipulanti spoponderit pecuniam, non ideò possit fundum soluere, id est in solutum dare sine prætoris autoritate *d.l.magis puto* 5.§.*si pupillus stipulanti D.eod.tit. De reb. eor. qui sub tutel.* vbi ratio redditur *alioquin inuenta erit alienandi ratio.* Sensus est facilè futurum, vt fraus fiat orationi Seueri si permittatur minoribus in solutum dare fundos pro pecunia quam stipulãti spoponderint. Ita enim eueniet, vt qui prædia

d.l. magis puto 5. §.si pupillus De reb.eor.

prædia eorum sibi volet acquirere incipiat à stipulatione pecuniæ, mox pro ea pecunia accipiat fundum in solutum. Atqui perpetuum illud est vt quod vna via prohibitum est, non debeat alia vlla esse permissum *l. scire oportet* 21. §. 1. D. *de tutor. & curat. dat.* Nec quicquam est quod magis cauere bonus legislator aut magistratus debeat, quàm ne qua via aperiatur fraudis vllius aduersus leges comminiscendæ. Aliud ergo est si fundum ipsum debeat *l. si minor* 15. in illis verbis *cum aliud deberes* C. *de præd. minor.* Dubitationem tamen hic faciebat quod nihil videatur abesse minori qui fundum in solutum dedit, cùm ab obligatione pecuniæ sit liberatus. Nam imò fit locupletior, qui à suo creditore liberatur *l. si pupilli* 66. *D. de solut.* Sed tamen verum est ei abesse fundum qui in solutum datus fuit, nec quicquam vetat alia ratione explicari pecuniam ad dimittendum creditorem: in eoque nimirum versatur causæ cognitio quam prætor adhibere debet in decreto interponẽdo. *l. si prædia* 11. *D. de reb. eor.* Planè si pupilli pater fundum stipulanti spoponderit, successeritque pupillus in stipulatum, tanquam patris heres, fortius dicetur, inquit Vlpianus, sine prætoris autoritate posse illum reddere, Idémque esse etsi hereditario iure successerit alii, qui erat obligatus ad eum fundum præstandum, Quoniam licèt hæc sit alienatio, tamen necessaria est, cùm non possit aliud pro alio solui inuito creditori *l.* 2. *D. de reb. cred. l. eum à quo* 16. *C. de solut.* Nec quicquam videtur fieri hoc casu in fraudem orationis, cùm exsoluendi huius fundi obligatio sit hereditaria & à defuncto proficiscatur. Nam quemadmodum defunctus si viueret recusare nõ posset quominus hunc ipsum fundum præstare teneretur, ita neque ipsius heres *arg. l. postulante* 44. *vers. cur enim D. ad SC. Treb.* & frustra prætor causæ cognitionem adhiberet in ea re cuius aliter expediendæ rationem nullam inuenire posset. Eadem igitur ratione etsi parens fundum vendidit, vel quis alius cui pupillus successerit potest dici pupillum cætera venditionis inconsulto prætore posse peragere vt sequitur apud Vlp. puta rem tradere ex natura venditionis *l. 1. l. ex empto* 11. D. *de act. empt.* etsi traditio non venditio illa est, quæ dominiũ transfert §. *vendita Inst. de rer. diuis.* Dominiũ enim ex causa venditionis transferre nihil aliud est quàm implere venditionem *l. si quis alienam* 46. D. *de action. empt.* Cùm igitur venditio à patre facta sit, dominium quod à filio per traditionem transfertur ex causa eiusmodi venditionis, & in ipsius consequentiam, ab ipso patre translatum intelligitur, initio nimirum inspecto vt in *l.* 3. §. *fin. & l. Aemilius* 38. D. *de min.* Periniquum enim esset eum qui cum pupillo non contraxisset expectare pupilli pubertatem *l. apud Iulianum* 3. *D. quib. ex caus. in poss. eat.* Similiter dicimus rem quam pater aut alius in cuius iura minor successerit obligatus fuit retrouendere per minorem ipsum eiusve tutores aut curatores sine decreti autoritate retrouendi posse *l. 1 C. quand. decret. opus non est.* Nam neque minoribus neque tutoribus aut curatoribus imputari quicquam potest si voluntati defuncti paruerint vt ea lex ait, Nec interest an defunctus ille parens fuerit, an alius ex cuius bonis ad minorem peruenerit fundus super quo alienando aliquid mandasse deprehendatur. *l.* 3. *eod. tit.* Non enim fit contra orationem, quod fit secundum defuncti volũtatem, cùm hoc ipsum oratio exceperit, licèt de parentibus tantùm fuerit oratio locuta vt constat ex *l.* 1. *D. de reb. eor.* Sicut è contrario ad impediendam Senatusconsulti autoritatem nihil prodest quod tutor vel curator idem sit & pater *l.* 3. *C. de præd. minor.*

l. si minor 15. C. *de præd. minor.*

l. si pupilli 66. D. *de solut.*

l. si prædia 11. D. *de reb. eor.*

l. si quis alienam 46. D. *de act. empt.*

l. Aemilius 38. D. *de minor. l.* 3. D. *quib. ex caus. in poss. eat.*

l. 1 C. *quãd. decret. opus non est.*

l. 3. C. *eod.*

ILLATIO LXI.

De minore prouocante socium ad diuisionem.

SExagesimoprimò ex eodem Principio fit, vt si res aliqua communis sit inter minorem & maiorem non possit minor socium ad diuisionem prouocare si modò ea res sit, cuius alienatio sit prohibita, quia diuisio alienatio est, ideóque venditionis instar habere dicitur in *l.1.Cod. commun. vtriusque iudic.* Proinde abest minori aliquid cùm desinit habere in communi rem quæ antea erat communis. Potest enim quisque rem suam dicere quam communem habet, nec quicquã est in re communi pro indiuiso in quo nõ suam habeat partem *l.illud* 45.D.*de rit.nupt.l.*5.§.1.*De legat.*1.*l. pupillus* 239. §. *vltim. De verb. signific.* Sed si socius maior socium minorem prouocet ad diuisionem oratio non impediet quominùs fiat diuisio & per diuisionem alienatio. Nam & hunc casum nominatim excepit oratio *dict.l.1.§.1.vers. si communis*, idque optima ratione quoniam huiusmodi alienatio necessaria est, cùm nemo cogatur inuitus manere in communione *l.vlt.C.commun.diuid.l.1.D.famil.ercisc.* vt nec inuitus quisquam compellitur ad communionem *l. si non sortem* 26. §. *si centum D.de condict.indeb.* propter discordias quas materia communionis excitare solet *l.cùm pater* 77.§.*dulcissimis De legat.2.* Alioqui cogendus esset maior socius expectare pupilli pubertatem adeóque vt ad suam & perfectam ætatem id est ad annum quintum & vicesimum peruenisset, quod nos proxima illatione diximus iniquum esse quandoquidem non contraxit cum pupillo sed incidit in pupillum *d.l.3.D. ex quib.caus.in poss.eat.* Sicut & pupillus ipse fauorabilior est si quando ei res est cum illo in quem incidit, & cum quo non contraxit, puta cum tutore *l.vlt.D.rem pupill.salu.for.* Inde fit vt si pupillorum communia sint prædia, impediatur diuisio, quoniam prouocatio necessaria est, neuter verò ad diuisionem prouocare potest, nec solùm si ambo eosdem tutores habeant, quæ res tantò difficiliorem facit prouocationem, cùm nemo possit seipsum prouocare nec mutuas pati condemnationes & adiudicationes *l.licet* 42.§.*pen.*D *de procurat.* sed etiamsi diuersos tutores *l.si pupillorum* 7.D. *de reb.eor.l.pen.C.eod.* Solent tamen interpretes nostri casum illum excipere, si euidens sit vtriusque pupilli vtilitas vt à communione discedatur *arg. l si conuenerit* 14.*in fin.*D.*pro socio l.vlt.D.de iur.dot.l.inter pupillos* 20.*D.de autor.tut.* Sed vereor ne non satis rectè, at potiùs nimis audenter, cùm orationis verba nullum casum excipiãt nisi vnum illum quo socius scilicet maior prouocet ad diuisionem: Adeò vt nec liberum arbitrium prætori sit datum permittendæ alienationis prædiorum minoris, siue per venditionem siue per diuisionem, sed ex ea sola causa si vrgeat æs alienum quod aliter exsolui non possit *dict. l.* 1.*& dict.l.*5.§.*si æs alienum eod.titul.De reb. eor. l. ob æs alienum* 12. *Codic. eod.* Quod igitur prætori ipsi non permittitur, quomodo tutori vel curatori prætore inconsulto permittetur? Itaque si quando contingat necessariam aut vtilem esse diuisionem ob æs alienum cuius dissoluendi gratia partem quam pupillus in re communi habet vendi oporteat & ob eam causam diuidi quò faciliùs inueniat emptorem, prætor aditus diuisionem permittere debebit, nec

l.1. C. commun.vtr.iudic.

l.1.§.1.vers. si communis D.de reb. eor.

l.3.D. quib. ex caus. in poss.eat. l. vlt. rem pup.sal.for.

l si pupillorũ 7.D de reb. eor.l.pen.C. eod.

nec quicquam inconsulto eo facere tutor aut curator poterit. Si verò non vrgeat æs alienum, sed alia quævis vtilitas pupilli allegetur quæ diuisionem permitti suadeat, neque tutor inconsulto prætore quicquam facere poterit, neque prætor aditus quicquam decernere debebit, quia nec potest etiamsi maximè velit. Non nego posse fieri etiam inter pupillos tutore præsente hereditatis paternæ aut maternæ diuisionem vt in *dict. l. inter pupillos* 20. *D. de autor. tutor.* Sed debet id intelligi suppositis terminis habilibus, id est de illo casu quo ea diuisio licitè facta sit fierique potuerit, permittente scilicet testatore vel prætore, vel etiam iure, si fortè hereditas tota consisteret in bonis mobilibus, aut in pecunia, aut in actionibus, aut denique in prædiis vrbanis quorum diuisionem Scæuolæ temporibus cuius ea lex est nihil impediebat. Nam nec in tota ea lege quicquam est ex quo possit coniici Scæuolam loqui de diuisione prædiorũ suburbanorum vel rusticorum. Quare nec illud possum probare quod vulgò nostris placere video post Bart. ad *dict.* §. *si æs alienum* posse minorem etiam sine decreto rem suam cum alio permutare si euidenter appareat ex eiusmodi permutatione meliorem fieri ipsius condicionem. Pugnat enim cum *dict.* §. *si æs alienum*, & cum *l. non solùm* 4. *Cod. eod.* vbi dicitur neque permutatione neque transactione, quæ est omnium fauorabilissima, neque alio vllo contractu posse sine decreto alienari rem minoris. Plus dico, Nec solam minoris vtilitatem posse facere, vt prætor permittere debeat permutationem nisi ex causa æris alieni, puta si æs alienum vrgeat, & maiorem quantitatem redacturus sit minor ex precio rei quam acquiret titulo permutationis *dict.* §. *si æs alienum*. Ex quo loco apparet ad rem non facere quod permutatione potest fieri melior condicio minoris *l. iubemus Cod. de sacros. ecclesi. cap. nec super De reb. ecclesi. non alien.* Nam & similiter posset quis contendere permittendam esse venditionem etiam sine decreto si minor rem dignam centum aureis possit trecentis vendere, cùm hoc casu fiat sine dubio melior condicio minoris. Et tamen nemo hoc verè dixerit, Nam neque causa hæc sufficiens est ad extorquendum prætoris decretum *dict.* §. *si æs alienum*. Nec si Princeps ipse adeatur *l. si fundus* 13. *eod. titul.* vbi extat rescriptum Imperatorum Seueri & Antonini prohibens alienationem fundi, etiam qui sterilis & saxosus, & pestilens dicebatur, quia nec verisimile erat fundum illum inuenturum precium nisi pro fructuum modo, Cùm id maximè in constituendo cuiusque rei precio inspici soleat quis fructus sit, & quis reditus fundi *l. si fundum per fideicommissum* 92. *De legat.* 1. Sed & illud obseruandum est in ea specie aditos fuisse Imperatores non prætorem ad permittendam fundi aliòquin sterilis & infructuosi distractionem, Non alia de causa quàm quòd distrahendi facultas peteretur prætextu solius vtilitatis pupilli non vrgente ære alieno, Ita vt proinde non esset arbitrio & potestate prætoris eam permissionem dare. Necessarium igitur erat rescriptum Imperatorum, non sufficiente prætoris autoritate, vt & in *l.* 2. *D. eod. tit. De reb. eor. & l.* 2. *C. quand. decr.* opus non est, Ergo & in proposito si minoris vtilitas quantumcumque euidens suadeat, permitti aut venditionem, aut permutationem, adeundus est Princeps & quãuis durum id videatur, quia quod minorum fauore constitutum est in eorum odium & perniciem retorqueri videatur contra *l. quod fauore* 6. *C. de leg.* id tamen ferendum est, quoniam lex & oratio Seueri ita scripta est *l. prospexit* 9. *D. qui & à quib. manum.* Potéstque hinc peti elegans exemplum ad *l.* 1. *C. de legib.*

l. inter pupillos 20 *D. de autor. tutor.*

l. 1. §. *si æs alienum D. de reb. eor.*
l. 4. *C. eod.*
l. 13. *D. eod.*
l. 6. 7. *eod.*

Cùm autem de prædiis communibus oratio locuta est de iis solis intellexit quæ pro indiuiso communia sunt, si quid enim pro diuiso commune sit, id nec commune esse videtur, cùm quælibet pars fundi separata & diuisa fundum separatum constituat *l.planè 34.§. vltim.* De *legat.*1. Ideóque cessante secunda parte orationis quæ maiore socio prouocante permittit diuisionem prædiorum communium locus erit priori parti orationis, quæ nullam alienationem prædiorum suburbanorum vel rusticorum minoris permittit fieri sine decreto *dict.l. magis puto 5. §. vltim.* Quid ergo si fortè alius proprietatem fundi habeat, alius vsumfructum? Magis est vt cesset ea pars orationis quæ de diuisione loquitur. Nulla enim communio est, cùm vsusfructus in iure non in parte consistat, quamuis emolumentum rei contineat *l. sed si fortè 6. eod. tit.* iunct. *l. Mauius 66.§.fundo de leg.*2. Vbi autem communio nulla est nec diuisio locum habere potest, licèt interdum etiam sublata communione supersit iudicium vtile communi diuidundo ob personales præstationes *l. si quis putans 6.* D. *commun.diuid.* An igitur permittendum erit minori vt sine decreto obliget prædia communia? Minimè. Nam quod excepit oratio, vt si prædium sit commune nihil innouetur, id est ius antiquum seruetur ad hoc tantùm pertinet vt perimatur communio per diuisionem, non vt augeatur difficultas cōmunionis, quod contingeret per communis prædij obligationem. *l. qui neque 8.§.vlt.eod.tit.* De *reb. eor.* Quare nec oratio simpliciter excepit eum casum, quo res minoris sit communis, sed adiecit *& socius ad diuisionem prouocet*, vt appareret non sensisse orationem de permittenda oppigneratione prædij cōmunis, at neque de permittenda eius alienatione quæ fieret citra diuisionem, sed tantùm de permittenda diuisione. Ea namque adiectio quam oratio pro condicione ponit, *& socius ad diuisionem prouocet*, non ad aliam contractus speciem quàm ad diuisionem aptari potest. Quomodo enim socius socium prouocaret ad venditionem aut ad oppignerationem?

ILLATIO LXII.

De fundo pupillari per tutorem citra decretum obligato ad vtilitatem pupilli.

SExagesimosecundò ex eodem Principio fit, vt si tutor rem pupilli obligauerit sine decreto, quamuis non valeat obligatio sit tamen exceptioni doli locus, si tutor acceptam pecuniam ei soluerit qui sub pignore erat creditor *d. l. si pupillorum 7.§.penult.* D. *de reb.eor.* Nempe quia nihil videtur hoc casu abesse pupillo qui iam erat debitor sub pignore, Imò verò lucrum captat ex alieno damno si velit frustrari iure pignoris nouum creditorem, ex cuius pecunia priorem creditorem dimisit, pignúsque quod ei dederat, recuperauit. Atqui Principium nostrum habet hactenus subueniendum esse pupillo vt ei nihil absit, non etiam vt ex aliena iactura locupletetur *l. si minoris 25.* D. *de adm. tu t.* Aequum igitur est doli exceptionem in proposito casu accommodari contra pupillum, qui per occasionem iuris ciuilis & orationis Seueri captat lucrum ex damno alieno *l.1.* D. *de doli mal.except.*

ILLATIO LXIII.

De restitutione minoris contra alienationem sine decreto factam.

SExagesimotertiò ex eodem Principio fit,vt minori cuius prædium contra leges sine decreto alienatum est nulla sit opus in integrum restitutione ad eā auocandam *l.2.C.de præd.min.* Abesset enim ei aliquid si restitutionem impetrare cogeretur,propter incertum euentum litis,cùm restitutio omnis causæ cognitionem requirat *l.omnes 3.D.de in integr.restit.* Adeò vt nec aliud sit si prætoris decretum intercesserit,si modò probetur obreptum prætori *d.l.magis puto 5.§.penult.l.quamuis 9.D.eod.l.etsi præses 5.C.eod.* Vtroque enim casu illibata manet minori persecutio rei suæ vt loquitur *l.3.C. de præd. minor.* acsi contractus nullus interuenisset.Nihil enim refert an contractus nullus interuenerit,an verò perperam interuenerit,& contra leges *l.2.D.de autor.tutor.l.non dubium 5.C.de legib.* Vnde est quod Paulus ait in *l.tutor 16.D.de pign.act.* tuendum esse à prætore pignus quod tutor dedit,si modò dederit lege non refragante.Nec enim conuentiones vllas tueri prætor potest nisi quatenus per leges licet *l.iuris gentium 7.§.ait prætor D.de pact.l.pacta quæ contra 6.C. eo.l.nec non 28.§.quoad eius D.quib.ex caus.maior.* Non igitur sufficit allegari per libellum apud prætorem vel præsidem prouinciæ causas propter quas debeat permitti venditio,sed eas apud acta probari oportet,& quidem tales quæ venditionis necessitatem præcisam inferant, vt decretum sollenniter interponatur *l.minorum 6.C.de præd.minor.* Qui locus etiam insignis est ad probādum quod diximus ill.61.non sufficere probatam esse vtilitatem minoris,sed probandam esse præcisè necessitatem.Interposito autem decreto adhuc tamen succurri potest minori per in integrum restitutionem si sit læsus scilicet ne quid ei absit *d.l.2.* & *l.si quidem 11.C.eod.*

l.2 Cod. de præd.min. l.3.& 5.eod. l.5 §. pen. l. quamuis 9. D.eod.

l. tutor 16. D. de pign. act.

l. minorum 6 C.de præd. minor.l.2.l. si quidem 11.eod.

ILLATIO LXIV.

De cautione contra SC.emissā.

SExagesimoquartò ex eodem Principio fit,quod scriptum est in *l.si ad resoluendam 7.eod.tit.* Si ad donationem resoluendam quam in emancipatum filium eundémque minorem pater contulerat,idem filius cautionem patri emiserit,id est cauerit se donatione non vsurum,huiusmodi scripturam tanquā quæ data sit contra Senatusconsulti autoritatem iuri filij non obesse. Quid enim refert an minor donatarius rem sibi donatam alienauerit, an verò cauerit se donatione non vsurum?Siquidem vtroque casu abest minori donatio & res donata quæ fuerat ei acquisita,Non quòd sola cautio possit alienationis nomine aut iure censeri , Sed quia inuenta erit alienandi ratio si huiusmodi cautio permittatur *arg.d.l.magis puto 5.§.si pupillus D.de reb.eor.* Nam quod nonnulli putant,probántque ex *d.l.si ad resoluendam,* cautionem prædii donati censeri rem immobilem,rei verò mobilis,rem mobilem,Et ita actionem , cautionem,obligationem,& instrumentum posse dici rem mobilem vel immobilē respectu rei quæ in obligationem deducitur, Hoc inquam mihi non probatur.Certum enim est actiones neque mobilia bona esse neque immobilia,sed tertiam bonorum speciem constituere *l.à Diuo Pio 15.§.in venditione D.de re iudic.l.quam Tuberonis 7.§.in peculio D.de pecul.* adeò vt venditis vel donatis,

l.si ad resoluendam 7. eod.tit.

l.magis puto 5.§.si pupillus D.de reb.eor.

vel obligatis bonis omnibus tam mobilibus quàm immobilibus, iura tamen & actiones non comprehendantur: eóque passim iure vtimur. Cur ergo dicimus cautionem hanc & scripturam de qua in *d.l.si ad resoluendam*, contra Senatusconsultũ datam esse, cùm Senatusconsultum non nisi prædiorum suburbanorum & rusticorum alienationem prohibuerit? Nempe quia contra Senatusconsultum fit, aut saltem in fraudem Senatusconsulti quicquid tale est per quod fiat vt absit minori aliquid ex iis bonis quorum alienatio tam districtè prohibita est. Quæcumque enim in alicuius legis vel Senatusconsulti fraudem excogitata videri possunt, rata haberi non debent *l.quidam 29.§.vlt. D. ad SC. Velleian.* Alioqui certum est quantumuis cautionem de re immobili habeas pro immobili cum interpretibus, fieri tamen numquam posse vt per solam cautionem & scripturam dominium transferatur, quod vnum tamen oratione Seueri districtè prohibitum est. Nihil enim aliud egit oratio nisi vt proprietas quæ minoris esset in alium transire propter iuris interdictum non posset vt loquitur *l.prædia 8.C. de præd. minor.* vbi dicitur nec fauore nuptiarum, quæ tamen boni publici causam admixtam habent, permitti debere huiusmodi alienationem, puta si minor prædia quædam rustica vxori futuræ sponsaliorum nomine ante nuptias donauerit, Senatusconsulti enim autoritas retento dominio viam omnem alienandi obstruxit *l.siquidem 11.eod.tit.*

l.quidã 29. §.vlt.D. ad SC. Velleian.

l. prædia 8. C. de præd. minor.

l. si quidem 11.eod.

ILLATIO LXV.

De minore vindicante fundum, cuius æstimationem accepit iudicio tutelæ.

SExagesimoquintò ex eodem Principio fit, vt quamuis illicitè post Senatusconsultum pupilli vel adolescentis prædium venundatum sit, si tamen eo nomine apud iudicem tutelæ vel vtilis actionis æstimatio facta est, eáque soluta, vindicatio prædij ex æquitate inhibeatur *l.illicitè 10.D.de reb.eor.qui sub tutel.* Nulla enim ratio est subueniendi pupillo vel adolescenti qui iam indemnitatem consecutus est à suo quondam tutore vel curatore, quique non certat amplius de damno vitando, sed de lucro captando & de præda. *dict. l. si minoris 25.D.de administr.tutor.* Ea namque damni æstimatio quæ in actione tutelæ vel vtili facta est, noua quodammodo venditio eáque iusta & apud iudicem celebrata esse intelligitur, Maximè verò debet hoc obtinere, si, quod plerumque fit, tutor vel curator in facienda contra Senatusconsultum venditione rerum minoris, rês suas proprias ob euictionis periculum proprio nomine obligauerit vt in *l.etsi is 9.C.de præd.minor.* Subscribens scilicet venditioni non solùm quasi curator sed etiam quasi fideiussor venditionis vt in *l. si non subscripsisti 15.C.de administr.tutor.* Nam cùm hoc casu tutor vel curator obligatus sit emptori si res euincatur per minorem valente nimirum hoc casu fideiussione & obligatione ipsius licèt principalis venditio non valeat, quia priuilegium quod personæ minoris tribuitur ne quid ei absit ad fideiussorem eius porrigi non potest *l.exceptiones quæ personæ 7.D de except.* iunct. *l. ex pluribus 42. D. de administr.tutor.* sequeretur vt miser hic tutor vel curator duplex damnum pro eodem debito incurreret si permitteretur minori qui iam esset ab eo indemnitatem consecutus, rem præterea suam vindicare ab emptore. Non possum tamen videre vnde colligat Bartolus ad *dict. l. illicitè*, exceptionem, quæ

l. illicitè 10. D. de reb. eor.

l. si minoris 25.D.de admin.tutor.

l.etsi is 9.C. de præd.minor.l. si non subscripsisti 15.C. de ad. tutor.

l.exceptiones 7. D.de except. l ex pluribus 42. D. de adm. tutor.

quæ incipit competere venditori post contractum transire ad emptorem. Nam in specie *dict.l.illicitè*,tutor quidem vel curator ille fuit qui vendidit,cùm alioquin tutelæ actione ex ea causa teneri non posset,sed tamen nullam potest habere exceptionem, quia nec vlla in eum actio competit posteaquàm litis æstimationem à iudice factam exsoluit,cùm per eam solutionem sit omnino & ipso iure liberatus. Omnis enim exceptio præsupponit actionem: Nulla igitur exceptio est,quæ à tutore vel curatore possit transire in emptorem. Habet sanè emptor exceptionem si inquietetur per vindicationem à minore, sed exceptionem doli, quòd dolo faciat minor qui rei suæ æstimationem consecutus adhuc velit rem ipsam consequi. Eam verò exceptionem non habet à tutore vel curatore, qui sicut nullam habuit exceptionem quominùs æstimationem præstare teneretur, ita nec vlla exceptione indiget aut vti potest ad impediendam vindicationem, cùm non ab eo vindicetur res quam non possidet, sed ab emptore eodémque possessore. Igitur habet eam exceptionem à sola natura & qualitate negotij. Perinde enim habiturus esset etiamsi non à tutore vel curatore, sed ab alio quolibet solutionem æstimationis percepisset: quia in toto iure nostro quisquis habet litis æstimationem rem ipsam vendidisse intelligitur, idque est quod dici solet litis æstimationem similem esse emptioni *l.* 1. *l.* 3. D. *pro emptor.* Vnde fit, vt si is qui litis æstimationem præstat sit possessor, hoc ipso dominus fiat, si modò illud etiam concurrat vt res sit præsens, quæ possit videri tradita *l. eius rei* 46.*cum seq. D. de rei vindicat.* Aliud enim est si quis ad præstandam litis æstimationem ob hoc solùm sit condemnatus quòd dolo malo vel culpa desiit possidere, Ne alioqui sine possessione dominium transferri videatur *l si culpa* 63.*l.is qui dolo* 69.*eod.titul.* Facit *l.sed etsi* 7.§.1.D. *de public l. si vt certo* 5.§.1. *D.commod.l.si seruus* 21.§.*& ideò* D.*de euiction.l.* 1. §. *vltim.*D.*de æstimat.action.l.si propter* 22.D.*rer.amot.* At in proposita specie, cùm tutor præstat litis æstimationem minori, cuius prædium contra Senatusconsultum vendidit & tradidit, non est ipse possessor, sed is qui ab ipso emit. Nec igitur dominus fieri potest: nec proinde ex ipsius persona ius vllum acquiri emptori, Adeò vt non prohibeatur minor rem suam vindicare tanquam dominus, si summum ius spectetur. Sed vindicatio prædij ex æquitate inhibebitur vt scriptum est in *dict.l.illicitè*, Opposita nimirum,vt explicauimus, doli exceptione.

l. 1.*& l* 3. *D. pro emptor.* *l.eius rei* 46 *& seq.D.de rei vindic.*

l.si culpa 63. *l is qui dolo* 69.*eod.*

ILLATIO LXVI.

De minore vindicante rem malè alienatam,cuius precium versum est in rem minoris.

SExagesimosextò ex eodem Principio fit, vt si res minoris illicitè quidem vendita sit,& sine decreto contra Senatusconsultum, sed ita tamen vt precium conuersum sit in vtilitatem minoris,competat quidem minori ipso iure vindicatio tanquam domino,sed tamen summoueatur per exceptionem doli si pergat rem petere cum fructibus nisi offerat restitutionem precij quod accepit cum vsuris quæ percipi potuerunt *l. si fundus* 13. §. *quamquam D. de reb. eor.* vbi ratio redditur quam Principium nostrum suppeditat, quòd

l. si fundus 13.§. *quamquam D.de reb.eor.*

hoc casu minor lucrum captet ex damno alieno contra naturalem æquitatem per occasionem iuris ciuilis, quæ res solet parere doli exceptionem *l.1. D. de dol.except.* Eáque primum Papiniani sententia fuit cuius responsum refert Paulus in *d.§.quamquam*, & probant Imperatores in *l. vtere* 14.& in *l.si prædium* 16.*in fin.C.de præd.minor.* Et inde est, quod quamuis huiusmodi venditiones ipso iure non valeant, obídque nec rescindi possint, quia quod ipso iure nullum est rescindi non potest *l. in causa* 13.§.1.*l in causa* 16.§.1.*D.de minor. l.3.C.si aduers.libert.* dicuntur tamen rescindi per sententiam prætoris aut præsidis in *d. l.etsi is* 9.C.*de præd.minor.* Nempe quia plerumque accidit vt vindicatio inhibeatur, & submoueatur per doli exceptionem: quod cùm euenit venditio confirmari effectu ipso intelligitur, & consequenter è contrario rescindi cùm iudex pronunciat nihil causæ esse cur non debeat minori res sua reddi acsi venditio nulla interuenisset.

l. vtere 14. *l.si prædium* 16.*C.eod.*

l.etsi is 9.*C. eod.tit.*

AD TIT.

Qui testam.tutor.dar.poss.

PRINCIPIVM I.

De præcipuo fauore tutelæ testamentariæ.

TESTAMENTARIA tutela omnium fauorabilissima est. Cæteræ namque tutelæ ideò tantùm fauorabiles sunt, quòd sunt tutelæ, Hæc verò præter communem fauorem tutelæ, habet etiam singularem fauorem testamenti, nec tantùm voluntate testatoris nititur, sed etiam legis 12.tab. quæ parentibus nominatim permisit vt suis liberis siue masculini siue fœminini sexus si modò in potestate sint, tutorem dare possint *l.1.D.hoc tit.De testam.tutel.* Illis nimirum verbis quibus & testamenti factionem permisit *paterfamilias vti super pecunia, tuteláve sua legaßit ita ius esto.l.sæpe* 53.*vers.at cùm dicitur l.verbis legis* 120. *De verb.signific.* aut vt apud Vlpianum legitur *tit.11.super pecunia tuteláve rei suæ.*

l.1.D.de testam. tutel. l.sæpe 53. *l. verbis legis* 120.*de ver. signific.*

ILLATIO I.

De latiore potestate tutelæ testamentariæ quàm legitimæ.

EX hoc Principio illud primùm fit, vt testamentariæ tutelæ latiùs pateant quàm legitimæ. Dari enim tutor testamento potest non solùm paterfamilias sed etiam filiusfamilias vt Iustinianus in principio huius tit. scribit quamuis filiusfamilias legitimus tutor esse numquam possit, quia nec vnquam proximus agnatus est cùm semper à patre anteuertatur per quem & agnatus est, vt scripsimus ad *tit.præced.Pr.2.illat.3.* Testamento enim tutores dari possunt ij omnes cum quibus testamenti factio est *l.testamento tutores* 21.*D.hoc tit.* Inde

l.testamento 21.

Inde etiam est quod seruus proprius testamento cum libertate tutor rectè dari potest, adeóque & sine libertate quasi hoc ipso quod tutor scriptus est liber quoque scriptus videatur, & quidem directò non per fideicommissum vt probauimus ad Princip. 1. *tit. praeced. illat.* 42. Cùm tamen si instituebatur olim heres sine libertate institutio nō valebat, ante Iustiniani constitutionem quæ hoc emendauit in *l. quidam* 5. *C. de necess. hered. inst.* Nempe quia in institutione solus testamenti & libertatis fauor versabatur, in tutela verò testamentaria triplex fauor, testamenti libertatis & tutelæ, id est pupilli vt ea lex ait. Quòd si seruus sit alienus quem testator tutorem dare vult, adhuc eum dare potest, sed ita *cùm liber erit*, quomodo tamen non nisi inutiliter seruus proprius tutor scribi posset, vt sequitur apud Iustinianum in hoc tit. Atqui legitima tutela, neque proprio, neq; alieno seruo deferri vnquam potest, quia numquam est ille agnatus, quippe qui omnino incognitus est iuri ciuili.

l. quidā 5. C. de neces. hered. inst.

ILLATIO II.

De adiuuandis per interpretationem tutelis testamentariis.

SEcundò ex eodem Principio fit, vt tutelæ testamentariæ si qua de causa minùs ritè minúsve apertè datæ videantur, adiuuandæ sint interpretatione, vt valeant & habeant effectum. Sic enim adiuuari solent debéntque omnia, quæ in iure fauorabilia existimantur *l. cùm quidam* 19. D. *de liber. & posth. l. hoc modo* 64. *in fi.* D. *de cond. & demonstr.* Inde est quod Iustinianus scribit in *§. furiosus hoc tit. post Paulum in l. furiosus* 11. D. *de tutel.* & Vlpianum in *l. si hereditas* 10. *§. si furiosus D. hoc tit.* reprobata Proculi sententia, furiosum vel minorem vigintiquinque annis si tutor testamento datus sit tunc tutorem fore cùm compos mentis, aut maior annis 25. factus fuerit, quod & de minore scriptū est in *l. quaero* 32. *§. vl. eo.* Quasi tacitè subintellecta huiusmodi cōdicione quæ tamen nullomodo expressa fuit. Sic & is cui fideicommissaria libertas relicta est si purè tutor datus sit, hic tamen tutor erit cùm fuerit manumissus *l. qui tutelam* 28. §. 1. D. *hoc tit.* Item quod addit idem Iustinianus in *§. vlt.* Si quis filiis suis, vel filiabus tutores dederit, etiam posthumo, vel posthumæ dedisse illum videri, quia filij, vel filiæ appellatione & posthumus & posthuma contineri possunt *l. nomen filiarum* 164. *De verb. signific. l.* 5. D. *hoc ti.* Quamuis qui filiabus legauit non aliter videatur in eo legato de posthuma sensisse, quàm si qua alia testamenti parte fecerit posthumæ mentionem *l. qui filiabus* 17. *De legat.* 1. Quòd si quis tutores liberis dederit, nepotibus quoque tutores dedisse videbitur, non tamen similiter si filios dixerit, Aliter enim filij, aliter nepotes appellantur. Planè si posteris dederit, liberi omnes etiam posthumi cōtinebuntur, vt in huius tituli fine Iustinianus scribit. Ex quo apparet benè Haloandrum in *l. quid si nepotes* 6. *D. de testam. tute.* vnde hic Institutionum locus desumptus est, vulgatam lectionem emendasse, & monuisse pro *posthumis* legendum *posteris.* Nam certum est posthumorum appellationem non posse cadere in eos liberos qui iam sunt in rebus humanis *d. l. nomen filiarum*, Multò magis dicendum est si quis ita tutorem dederit *filiis meis Sempronium tutorem do* in ea condicione esse, vt tam filiis quàm filiabus dedisse videatur. Filorum enim appellatione & filiæ continentur *l. si quis ita* 16. D. *hoc tit. l. quisquis* 116. *De verb. signific.* licèt non è conuerso filiarum appellatione filij

l. furiosus 11. *D. de tutel.*

l. qui tutelā 28. *D. de testam. tutel.* §. *vlt. hoc tit.*

l. quid si nepotes 6. *D. eod.*

l. si quis ita 16. *D. hoc tit. l. quisquis* 116. *de ver. signific.*

cōtineri possint, quia exemplo pessimum esset fœminino vocabulo masculos contineri *l. si ita sit scriptum* 45. *De legat.* 2. At quid si quis plures habens filios tutorem dederit filio? Et quamuis de hoc Pomponius dubitauerit, Vlpianus tamen in *dicta lege si quis ita* §. 1. magis esse putat vt filiis omnibus dedisse videatur *l. Seruius* 122. *De verb. signific.* vbi quod erat multò difficilius idem respondet Pomponius contra Seruium eo quoque casu quo testator ita scripserit *filio filiisque meis hosce tutores do*, quo casu putabat Seruius masculis duntaxat tutores datos quoniam singulari numero hoc *filio* ad pluralem videtur testator transiisse, continentem eundem sexum quem prior singularis numeri habuisset. Etsi concludit Pomponius hoc facti magis quàm iuris habere quæstionem, Cùm possit fieri, inquit Pomponius, vt singulari casu de filio pater senserit, deinde plenius liberis omnibus prospicere in tutore dando voluerit. Quibus verbis insinuat nec ferè se dubitare, quin si testator *filio* tantùm tutorem dedisset nec adiecisset *filiisque meis* non omnibus prospexisse videretur, quæ tamen ipsius non tam sententia quàm dubitatio fuisse videtur ab Vlpiano relata & improbata in *dicta lege si quis ita.* Difficilius illud videtur, nec minùs tamen verum est quod sequitur apud Vlpianum in *d. si quis ita*, Eum qui liberis, vel filiis tutores dedit si quos habuit apud hostes, etiam iis dedisse videri , si non aliud apertè probetur testatorem sensisse. Quamuis verum sit cum eo qui apud hostes est testamenti factionem nō esse, cùm interim re vera seruus sit hostium non obstante spe & fictione postliminij, quæ nec potest reddere filium patri si quo tēpore filius redit ab hostibus, pater iam tum defunctus reperiatur. Verum enim fuit dicere eo instanti quo pater defunctus est nec debuisse illum in potestate filium nec habere in futurum vnquam potuisse *arg. l. Gallus* 29. *§. videndum* D. *de liber. & post.* Si quis tamen cùm ignoraret se filium Titium habere, filiis tutorē dederit, non videbitur ei dedisse quem ignorauit se habere in potestate, sed iis tātùm quos sciūt se habere, Non quòd & hunc ipsum non admittat nomen filiorum, sed quia de ipso non sensisset pater, Quæ autē ex testamento pendent non aliunde vim habere possunt quàm ex voluntate testatoris. Proinde & si certus fuit pater, id est certò credidit, quamuis falsò vnum ex filiis decessisse qui tamē re vera superstes erat idem erit dicendum vt non videatur huic dedisse tutorem, quem obiisse credebat *d. l. si quis ita §. pen.* Sed si quis dederit posthumis tutores, hique viuo eo nascantur, magis est, vt valeat datio & vtilis sit *d. l. si quis §. vltim.* quamuis non videantur in hunc casum tutores dati, cùm posthumi magis propriè ij dicantur, qui post parentis mortem nascuntur *l. 3. §. 1. De de iniust. rupt.*

l. si ita 45. *de leg.* 2.

l. Seruius 122. *De ver. signific.*

d. l. si quis ita.

l. Gallus 29. *§. vidēdum De liber. & post.*

d. l. si quis §. penult. §. vlt. eiusd. leg. l. 3. § 1. de iniust. rupt.

ILLATIO III.

De prætore vel Consule dato tutore in testamento.

TErtiò ex eodem Principio fit, vt testamento etiam prætor, Consulve tutor dari possit *l. tutor* 20 §. 1. D. *hoc tit.* quia licèt tutela non nisi verbis imperatiuis dari possit, Inciuile autem & absurdum videatur priuatum hominem imperare prætori, vel consuli, aut alij cuilibet in dignitate & reipublicæ administratione constituto, tamen lex duodecim tabularum eam voluntatem confirmat vt Paulus ait in *dicto* §. 1. ita vt non tam priuatus quispiam quàm lex

l. tutor 20. §. 1. *hoc tit.*

ipsa

ipsa tutelam mandasse & imperasse videatur. Sed non facit ea res quin prætor Consulve, aut alius quilibet magistratus iustam habeat excusationem si tutelã nolit suscipere *§. & qui potestatem infr. De excus. tut.* Facit tamen vt ei necessaria sit excusatio, itémque vt si tutelam semel susceperit eam postea deserere non possit, tanquam à lege ipsa & iure publico mandatam. *§. & qui potestatem infr. De excus. tut.*

ILLATIO IV.

De tutore dato ex tempore & ad tempus & sub condicione.

QVartò ex eodem Principio fit, vt ex certo tempore & ad certum tempus, & sub condicione, & ante heredis institutionem tutor dari testamẽto possit *§. ad certum tempus hoc tit. l. tutor* 8. *§.* 1. *l. si quis sub condicione* 11. *D. eo.* Est enim tam fauorabilis voluntas testatoris vt eam lex semper confirmet ac subsequatur, dũ ne quid testator sanxerit contra leges. Planè si certæ rei vel causæ pater tutorem dederit, non valebit datio, quia personæ non causæ, vel rei tutor datur, vt Iustinianus hic scribit ex Vlpiano in *l. certarum* 12. *cum duab. seqq.* D. *eod.* Præterquàm si tutor rei Syriacæ, vel Africanæ datus proponatur. Hoc enim iure vtimur propter vtilitatem pupillorum vt valeat huiusmodi datio vt subiungitur ex Vlp. in *l. si tamen* 15. *eod.* De quo plura scripsimus ad Pr. 1. *tit. praeced. illat.* 3. *§. ad certũ tempus hoc tit. l. si quis sub condicione 11. l. tutor 8. §. 1. eod. l. certarum 12. cũ duab. seqq. l. si tamen 15. eod.*

ILLATIO V.

De tutela data in codicillis testamento confirmatis.

QVintò ex eodem Principio fit, vt quamuis lex 12. tabularum non aliter videatur permisisse testatori dationem tutoris quã si simul heredem instituerit, ita vt tutor separatim sine pecunia dari non possit, vt Paulus scribit in *l. sæpe* 53. *vers. at cum dicitur De verb. signific.* institutio autem conferri in codicillis nequeat, quia hereditas codicillis neque dari, neque adimi potest *l. quod per manus* 10. D. *de iur. codic. l. quidam* 27. *§.* 4. D. *de cond. instit.* tutela tamen codicillis data valeat si modò codicilli testamento fuerint confirmati *l.* 3. D. *hoc tit.* Nempe quia non eo minùs testamentum est, vt condicillos confirmare possit quod tutelæ dationem nullam contineat. Nullum autem esset si institutionem heredis nullam contineret *d. l. quod per manus §. ante heredis infr. De legat.* *l. sæpe 53. D. verb. signific. l. 3. D. hoc tit.*

ILLATIO VI.

SExtò ex eodem Principio fit, vt si quis sub condicione, vel ex die tutorem dederit medio tempore alius tutor dandus sit, itémque si hereditas ex cuius aditione tutor speratur nondum adita fuerit ab extraneo scilicet instituto filio exheredato quãuis habeat pupillus agnatum, qui legitimus tutor esse posset si legitima tutela locum haberet. Quandiu enim testamentaria tutela speratur quæ fauorabilior est cessat legitima quæ est minùs fauorabilis *l. si hereditas* 10. *in princip. dicta lege si quis sub condicione* 11. D. *hoc titul.* vbi addit Vlpianus, Etsi semel ad testamentarium tutela deuoluta fuerit, deinde excusatus sit tutor testamentarius adhuc dicendum esse in locum excusati aliũ dandũ non ad legitimum tutorem redire tutelam, Quasi fauorabilior sit, qui datur in locum testamentarij excusati tanquam propiùs accedens ad testamentarium, quàm qui legitimus est, Licèt tutela legitima præferatur datiuæ vbi testamentaria nulla est, vel si tutor testamentarius decesserit *l.* 1. *l. intestato* 6. *& pass.* *l. si hereditas 10. in princip. d. l. si quis sub condicione 11. eod. l. 1. l. intestato 6. D. de legit. tutor.*

D.de legit.tutor. Idem dicemus etsi tutor testamentarius remotus sit, Nam & hic idcirco abit vt alius detur in eius locum , non vt legitimus admittatur. Tunc tãtùm ergo ad legitimũ tutela redit cùm testamẽto datus tutor decessit, quia hîc cessat senatusconsultum quod de substituẽdis tutoribus factũ est *d. l.si quis §.quòd si tutor.* Planè si duo pluresve fuerint tutores testamentarij, in locum eius qui decessit, vel in ciuitate esse desiit adhuc dicendum erit alium dãdum esse, ita vt non aliter legitima tutela succedat quã si nullus supersit, vel in ciuitate sit *§.vlt.eiusd.leg.* Esset enim perabsurdum quandiu aliquis ex testamentariis superest admitti legitimũ simul cum testamentario , Quamuis in hereditatibus non sit absurdum, vt ex postfacto heres legitimus cum testamentario concurrat *l.circa* 24.D.*de inoff.testam.* Nempe quia in locum heredis testamentarij qui in lite de inofficioso testamento succubuit alius nemo substitui potest à magistratu, quomodo potest substitui tutor à magistratu non modò in locum excusati, sed etiam in locum demortui si quis adhuc testamentarius alius supersit.

d. l.si quis §. quòd si tutor. §.vlt.eiusd. leg.

ILLATIO VII.

De non exigenda satisdatione à tutoribus testamentariis.

SEptimò ex eodem Principio fit, vt tutores testamentarij satisdare non cogantur *l.testamento* 17.*l.si nemo* 19.§.1.*D.hoc tit.* Visus enim est hic honor præstandus testamentariis tutoribus tanquam fauorabilioribus, cùm habeant pro se iudicium defuncti.

ILLATIO VIII.

De seruo tutore dato per testatorem qui liberum esse putabat.

OCtauò ex eodem Principio fit, vt si quis tutorem filio suo dederit seruũ quẽ putabat liberũ esse cùm esset seruus, is neq; liber neq; tutor sit *l.si quis tutorẽ* 22.*D.hoc tit.* quia licèt testamẽtariæ tutelæ pupillique fauor cõtrariã sententiam elicere videretur, nullo tamen fauore dignus esse potest, qui pro se non habet testatoris voluntatem quæ scilicet errantis hominis nulla esse potest *vulg.l.si per errorem* 15.*D.de iurisdict.* Cùm testamentariæ tutelæ fauor, vt initio præfati sumus, ex iudicio & voluntate testatoris potissimùm descendat. Ideóque nec tutoris datio valet si non constet vtri ex filijs, aut vtrum tutorem dare pater voluerit *l.tutor* 23.*l.duo* 30.*D.hoc tit.*

ILLATIO IX.

De tutore qui ab vna tutelarum se excusat.

NOnò ex eodem Principio fit, vt duobus pupillis tutor datus etsi alterius tutela se excusat, alterius tamen tutor maneat si res sint separatæ *l.duobus* 25.D.*hoc titu.* quod in legatis aliisque rebus coniunctim relictis diuersum esset. Nec enim facilè auditur qui vult inducere diuisionem voluntatis *l.eum qui* 18. *§.vltim. D. de his quæ vt indign. l. legatarius* 38. *De legat.*1. *l.* 4. *De legat.*2. quamuis placeat duobus legatis relictis, scilicet separatim (alioqui vnicum legatum esse videtur ac proinde æquè

æquè indiuiduum etiamsi res legatæ sint inuicem separatæ, puta si testator dixerit *Titio fundos Cornelianum & Sempronianum do lego*) posse legatarium vnum repudiare, alterum verò amplecti: Dum ne vnum ex iis onus habeat & illud sit, quod repellatur vt scriptum est in *l. sed duobus* 5. *eod.* Sed in tutela testamentaria duorum pupillorũ coniunctim vni eidémque tutor relicta diuersum est, quia non tutoris fauor aliquis in eo versatur, vt legatarii in legato, sed solius pupilli & reipublicæ. Illud tamen omnimodo requiritur, vt huiusmodi pupillorum patrimonia sint separata. Alioqui si vnius administratio sine alterius administratione expediri non possit, neque fieri poterit, vt qui ab vnius tutela se excusauit, alterius suscipiat. Ergo hoc casu excusatio non admittetur quod & Bar. sentit, & probant verba illa legis *alterius tutela se excusare potest, cùm res separatæ sunt.* Ergo non potest si separatæ non sunt. Facit *l. si communem* 10. *D. quemad. seruit. amitt.* *l. duobus* 25. *D. hoc tit. l.* 5. *de leg.* 2.

ILLATIO X.

De pupillo agente cum vno ex tutoribus quos plures habet.

DEcimò ex eodem Principio fit, vt si plures tutores testamento dati sint, & cum vno ex iis agendum pupillus habeat, non ideò tamen litis causa curatorem à prætore posci oporteat. Id enim superuacuum esset siquidem altero tutore autore cum altero agi posset *l. si plures* 24. *eod.* Cùm enim testamentaria tutela sit omnium fauorabilissima cur volumus requirere datiuam vbi testamentaria sufficit? Aut cur curatorem ad litem cùm adest tutor multò dignior tanquam qui non solùm testamento, sed etiam in omnem causam datus sit? Quamquam non nego & in pluribus tutoribus legitimis idem tractari posse *l. si tutor* 9. *§. & generaliter D. de tutel. & ration. distr. l.* 1. *C. de in lit. dand. tutor.* Curatoris ergo datio hoc casu non tantùm superuacua, sed etiam inutilis est *l. curator pupillo* 11. *D. de tutor. & cur. dat.* *l. si plures* 24. *D. hoc tit.* *l. si tutor.* 9. *§ generaliter De tute. & rat. dist. l.* 1. *C. de in lit. dand. tut. l. curator.* 11. *D. de tutor. & curat. dat.*

ILLATIO XI.

De tutore dato filio exheredato in testamento quod ille velit inofficiosum dicere.

VNdecimò ex eodem Principio fit, vt si pater filio suo exheredato tutorem dederit in eo testamento, quod filius ipse velit inofficiosum dicere, eundem tutorem interim à prætore confirmari oporteat *l. iure nostro* 26. *§. vlt. D. hoc tit.* ne tutor datiuus inducatur quandiu testamentarius aliquis esse potest. Etsi enim futurum est in eum casum quo per querelam testamentum rescindatur, vt appareat tutoris dationem non valuisse, vt nec cætera eodem testamento relicta, quia tamen fieri potest vt pro testamento contra filium iudicetur, quod & in dubio præsumendum est *arg. l. si pars* 10. *D. de inoff. testam.* euentus rei iudicatæ expectandus est non vt confirmetur tutor, sed vt sciatur, an ex testamento patris, an ex decreto prætoris autoritatem ille acceperit, Idémque erit si testamentum falsum dicatur, & patrem intestatum decessisse. Nam in dubio præsumimus pro scriptura testamenti *l. idem fiet* 27. *D. hoc tit.* At cur tutoris huius confirmatio necessaria est, cùm testamentum interim valeat quandiu per querelam non est rescissum? Nempe quia cùm *l. iure nostro* 26. *§. vlt D. hoc tit. & l. seq.*

filius cui pater tutorem dedit querelã velit proponere, non est cogendus quicquam facere vel pati per quod iudiciũ patris adprobare videatur, quoniam ea res summoueret ipsum à querela *l. pen. §. pen. & vlt. & l. vlt.* D. *de inoff. testam.* Adprobaret autẽ iudicium patris si eum tutorem quem pater eo testamento dedit haberet pro bene dato. Ergo aliud erit hodie postquàm Iustiniano placuit *Nouell.* 115. *Vt cùm de appellat. cognosc. §. aliud quoque capitulum*, vnde sumpta est *Auth. ex causa C. de liber. præter.* vt rupto per querelam testamento ex causa exheredationis, tutelæ tamen conseruentur, vt & cætera omnia eodẽ testamento data præter heredum institutiones, quamuis non possint tutelæ dari nisi in testamento, & quidem iure facto, aut saltem in codicillis testamento cõfirmatis *l. 3.* D. *hoc tit.* Quamquam mirum sanè videtur, vt quod ipsi filio testamentum rumpenti datum est conseruetur, Nam si quid ei legatum esset, amitteret, nec ad hunc casum pertineret quod dicimus legata eo testamento data per Iustiniani legem conseruari *l. post legatum* 5. *§.* 1. D. *de his quæ vt indign. l. filium* 5. *§. omnibus* vbi Bar. *D. de leg. præst. l. Papinianus* 8. *§. meminisse D. de inoff. test. l. quæsitum* 40. *D. de acquir. hered.* Ea namque sola conseruantur, quorũ amittendorum non alia ratio est, quàm quia testamentum ruptum fuerit non etiam ea quæ amitterentur etiamsi pronunciatum esset pro testamento quod inofficiosum dictum fuit. Sed alia tutelæ ratio est, quæ scilicet non consistit in commodo aliquo pecuniario vt legatum & fideicommissum, sed in eo quod publicæ quoque vtilitatis fauorem admixtum habeat. Nam & si rupto testamento per querelam testamentaria tutela infirmaretur, alius tamen tutor pupillo dandus esset, quem porrò meliorem dare magistratus non posset, quàm qui à patre ipso electus fuit. Deinde legata quæ amittuntur ob indignitatem eius qui testamentum inofficiosum dixit, ideò amittuntur, non quod desinant valere (sic enim fieret, vt remanerent penes heredem) sed quia pertinent ad fiscum, Quod non similiter dici potest de tutelæ quæ onus est non lucrum. Fiscus enim lucra sola inuadit, onera verò nemini inuidet. Denique licèt tutor pupillo detur, tutela tamen non ipsi datur, sed ei qui testamento tutor scriptus fuit. Cùm ergo dicimus conseruari tutelam tametsi is qui tutorem accepit testamentum dixerit inofficiosum, non conseruamus, id quod rumpenti ipsi datum & relictum est, sed quod alij, nimirum tutori, qui licèt tanquam tutor inofficiosum testamentũ dicat pupilli sui nomine, ea tamẽ quæ sibi ex propria persona relicta sunt, in quorũ numero tutela est non amittit quippe quẽ officij necessitas excusat *l. tutorẽ* 22. *D. de his quæ vt indig.* Neque verò si tutelam eum amittere quis diceret, damnum tamen ei vllum iniligeret, at lucro potius eum afficeret, quem ab onere iniuncto liberaret. Quod ab Accursio, Bartolo, aliisque interpretibus non satis benè videtur obseruatum.

Nouell. 115. Vt cum de appellat. cognosc §. aliud quoque capitulum. l. 3. D. hoc ti.

§.

l. tutorem 22. D. de his quæ vt indign.

ILLATIO XII.

De confirmando tutore testamentario minus ritè dato.

DVodecimò ex eodem Principio fit, vt quamuis eos demum tutores testamento datos accipere nos oporteat, qui iure dati sunt *d. l. 3. in fin. D. hoc tit.* Si quis tamen minus ritè tutorem dederit, aut cui non potuit, aut vbi non potuit, aut quando non potuit, adhuc tamen confirmandus sit tutor &

tor & quidem omnimodo & sine inquisitione si pater sit qui dedit, aut cùm inquisitione si mater aut patronus *l.1.2.3. & pass. D. de confirmat. tutor. l. qui tutelam 28. §. vltim. hoc titu.* ita vt legitimo tutori præferatur, Non quòd verè sit testamentarius, cùm potiùs sit datiuus (is enim dat qui confirmat *dicta lege iure nostro §. vltim, hoc titu. l.1. C. de confirm. tut. l. lege obuenire 130. De verb. significat. l. qui negotiationem 58. §. testamento D. de administrat. tutor. l. penultim. in princip. D. de curat. furios.*) sed quia testamentario similis est in eo quod habet pro se voluntatem testatoris, ideóque nec satisdat, perinde acsi tutor testamentarius esset *dicta lege 3. De confirmat. tutor.* sapítque naturam testamentarij vt post Dyn. loquitur Bart. ad *dict. leg. 1. num. 5. & 6. ill. titu.* Sed hæc tamen ita sunt accipienda si persona, cui pater tutelam dedit capax sit tutelæ. Nam si pater tutelam communium liberorum testamento suo matri mandauerit non erit tutor à prætore confirmandus inspecta iuris veteris ratione quæ non patiebatur, vt mulier tutrix esse posset, nisi id à Principe specialiter impetrasset *l. vltim. D. de tutel.* Quare nec si prouinciæ præses imperitia lapsus patris voluntatem sequendam decreuerit successor eius sententiam quam leges nostræ non admittunt, rectè sequetur *d. l. iure nostro in princip.* Quod tamen hodie non obtinet cùm iure nouo liceat matri, & auiæ propriorum liberorum suscipere tutelam si velint *Nouell. 18. De hered. ab intest. venient. cap. 5. §. ex his autem.* Vnde sumpta est *Auth. matri & auiæ C. quand. mul. tutel. offic. fung. pot.*

l.1.2. & 3. D. de conf. tutor. l. qui tutelam 28. §. vl. D. hoc tit.

l. vlt. D. de tutel.

d. l. iure nostro 26. in princip.

Nouell. 18. de hered. ab intest. venient. cap. 5.

ILLATIO XIII.

De eo qui se testamento patris tutorem adscribit pupillo.

DEcimotertiò ex eodem Principio fit, vt quamuis ex sententia senatusconsulti Liboniani tutor esse non possit is qui se testamento patris pupillo tutorem adscripsit (verba enim quæ loquuntur de eo qui adscribit sibi commodum non possunt ad hunc pertinere qui onus sibi adscribit.) si tamen patris voluntas hoc ipsum manu sua declarantis ambigua non sit, hunc quoque curatorem dare prætor debeat etiamsi alij tutores essent *l. ex sententia 29. D. hoc titu.* quia licèt neque tutor sit ipso iure, neque tanquam tutor confirmari possit à prætore, vtrumque impediēte autoritate & sentētia senatusconsulti Liboniani, tantus tamē est fauor tutelæ testamētariæ propter volūtatē testatoris, vt eo saltē modo confirmandus sit, quo confirmari potest, id est tanquam curator. Nihil enim fit cōtra sententiā nō magis quàm cōtra verba senatuscōsulti Liboniani cū tanquā curator cōfirmatur is qui non curatorē se scripserat, sed tutorē. Quinimò specialia duo sunt in hoc curatore quæ in alio quolibet tutore non essent, Scilicet vt neque admittenda sit eius excusatio si quam iure publico habeat, quia promisisse videatur se tutelam suscepturum cùm sua manu tutorē se scripsit, neq; tanquā suspectus remoueri quāuis manu sua se tutorē scripserit, quia idē quoq; pater ipse manu sua scripsit, vt eleganter Papinianus ratiocinatur in *d. l. ex sententia.* Neque tamen huic consequens est quod post Accursium Bart. tractat ad *d. l. ex sententia num. 5.* si quis legata aliqua, vel fideicommissa sibi manu sua adscribat, vel testamēti tēpore præsens fuerit & acceptans nō posse illum postea repudiare, quod sibi relictū est. Nā imò repudiare poterit cùm erit delatum, Nec ei nocebit acceptatio facta viuo testatore cùm

l. ex sententia 29. D. hoc tit.

eo tempore non esset in ea causa legatum, vt vel agnosci posset, vel repudiari. Prius enim est, vt sit delatum *l. si ita sit scriptum* 45. §. 1. *De legat. 2. l. 1. §. decretalis D. de success. edict.* Delatio autem non fit priusquàm dies cedat, id est ante mortem testatoris *tot. titu. quand. dies legat. ced.* Tutelæ alia ratio est, Nam cùm sit munus publicum recusari numquam potest nisi ab iis qui iure quoque publico iustam habent excusationem, vt loquitur Papin. in *d. l. ex sententia.* Excusatio autem quocúque voluntatis iudicio facilè remittitur, nec minùs viuo testatore si tutor se tutelam suscepturum ei promiserit, quàm si post mortem testatoris ea promissio facta esset, Ne alioqui decipiatur pater qui alium tutorem dedisset, si hic nihil promisisset. At non decipitur testator legatario, vel fideicommissario liberalitatem repudiante, quam agniturũ se promiserat, cùm è contrario faciat ea repudiatio, vt tantò sit opulentior hereditas quę legatis illis & fideicommissis si agnita forent fuisset delibata. Nec illud quoque verum est quod addit Bar. si scribam me tibi debere centum ex aliqua causa, puta mutui licèt non adiecerim, quòd ista promittam, videri tamen me promittere. Si enim tacitè promissio ista induceretur, stipulatio quoque intercessisse crederetur acta re inter præsentes *l. 1. C. de contr. & committ. stipul. l. sciendum* 36. D. *de verb. obligat.* Atqui stipulatio cùm sit verborum obligatio numquam inducitur sine verbis, nisi cùm legis potestate id fit, vt in specie *l. vnic. C. de rei vxor. action.* Neque verò ex necessitate scripturæ huius potest inferri factam esse vllam promissionem, cùm possit ea scriptura prodesse ad probãdam veritatem & causam debiti, quod satis est, vt non inutilis videatur, Deinde, quid si quis scripserit centum se debere ex causa pacti nudi. Cur obsecro credendus sit promisisse per stipulationem quod non nisi ex pacto nudo debeat? Aliud ergo est scribere se debere, Aliud promittere. At non aliud est scribere se tutorem dictãte testatore, aliud promittere testatori se tutelam suscepturum, quoniam alioqui deciperetur testator qui alium tutorem scriberet, aut dictaret si hic seipsum scribere recusaret.

l. vnic. C. de rei vxo. act.

ILLAT. XIV.

De tutore data filiæ exheredatæ in testamento postea rescisso per querelam.

DEcimoquartò ex eodem Principio fit, vt si pater exheredatæ filiæ tutores dederit, & testamentum eius postea ruptum sit nato posthumo cõmodissimum sit eosdem tutores pupillæ dari ad petendam intestati patris hereditatem *l. si pater* 31. *hoc tit.* Vt scilicet quantum fieri potest voluntas defuncti retineatur, qua nihil fauorabilius est, tametsi testamentum ruptum sit, agnatione posthumi, Cùm suprà dixerimus eam voluntatem sequendam esse etiam rescisso per querelam testamento *d. l. iure nostro §. vltim.* qui tamen casus multò dubitabilior est cùm per querelam rescindantur iudicia defuncti tanquam dementis & insani *l. 2. 4. & 5. l. Titia* 13. D. *de inoff. testam.* vbi dicitur ob hanc causam nec vllius momenti esse clausulam codicillarem in eiusmodi testamento adiectam.

l. si pater 31. hoc tit.

d. l. iure nostro 26. §. vlt.

l. Titia 13. D. de inoff. testam.

ILLA-

ILLATIO XV.

De tutore testamentario dato per eum qui non sit eiusdem ciuitatis.

DEcimoquintò ex eodem Principio fit,vt quamuis magistratus municipalis non possit dare tutorem,nisi illum qui ab eodem municipio vel ab agro eiusdem municipij est *l.3.D.de tutor.& curat.dat.* quia scilicet non habent ius dandi tutores nisi his veluti finibus coarctatum,testator tamē tutores testamento dare potest etiam eos,qui non sint eiusdem ciuitatis ciues *l. quaero 32. D.hoc tit.* Nempe quia testamentariæ tutelæ latiùs patent, tanquam fauorabiliores cùm eas lex duodecim tabularum confirmet *l.tutor incertus 20.§.1.D.eo.* *l. quaro 32. D.hoc tit.* *l.tutor incertus 20. §. 1. eod.*

ILLATIO XVI.

De spectandis potissimum verbis quibus dāta est tutela testamentaria.

DEcimosextò ex eodem Principio fit,vt in decidendis quæstionibus quæ citra tutelam testamentariam emergunt, verba testamenti potissimum spectanda sint vt voluntas testatoris seruetur ne alioqui facilè accidat vt contra voluntatem fiat quod ex voluntate proficiscitur,Vt in specie *l.penultim.D. hoc tit.*vbi Iauolenus refert,tutoribus ita datis *Lucium Titium tutorem do, si is non viuit tum Caium Plautium tutorem do*,cùm Titius vixisset ac tutelā gessisset postea mortuus esset superstite Plautio,Trebatiū negasse tutelā ad Plautiū pertinere,Proculū verò&Labeonē cōtrà.Sed magis probat sentētiā Trebatii,quia illa verba *si is non viuit* ad tēpus mortis præcisè referū tur propter articulū *tum* vel *tunc* qui significat temporis & quidem longinqui extremitatem vt Bart. ait ex *l.4.§.1.De condic.& demonstr.* Alioqui verbum *viuit* cùm sit præsentis temporis refertur ad tempus testamenti *l.cùm ad præsens 37.D. de reb.cred.l.si ita 8.de aur.leg.*ac proinde cùm defecerit condicio sub qua Plautius tutor datus fuit,non potest ad eum tutela pertinere.*l.tutor 8.§.1.eod.* Proculum tamen & Labeonem in contrarium præcipuè mouisse videtur fauor testamentariæ tutelæ quam æquum est conseruari & produci quantum fieri potest, Maximè cùm possit testamento tutor dari & ex tempore,& ad tempus *d.l.tutor §.tutorem.*Sed pro Trebatio & Iauoleno respondendum est fauorem testamentariæ tutelæ non aliunde quàm ex vltimæ voluntatis fauore descendere.Nihil igitur hoc prætextu audendum esse contra vim expressam verborum, ex quibus demùm voluntas colligi potest,Aliud igitur esset si verba fuissent extensiua nec ad certum tempus restricta,vel si fuissent ita concepta *Lucium Titium tutorem do,Post Titium Plautius tutor esto.* *l.pen.D.hoc tit.* *l. tutor 8. §. 1.eod.*

ILLATIO XVII.

De tutoribus datis in locum eorum qui mortui credebantur.

DEcimoseptimò ex eodem Principio fit,quod Scæuola respondit in *l. vlt. D.eod.* Cùm testator quidam codicillis suis ideò alios tutores se dare significasset,quoniam testamento datos quosdam defunctos esse aut excusationem habere posse comperisset,nihilominùs eos qui ex ipsis viuerent, nec excusati essent,tutores permanere & quidem ita vt qui in codicillis dati sunt,nō *l.vlt.eo.tit.*

sint tutores, quomodo rectè Bartolus, Baldus & alii sentiunt post Dynum. Nempe quia ex verbis testamenti apparet non eam fuisse mentem testatoris vt omnes simul tutores essent, nec rursum vt per posteriorem dationem priores reuocarentur, Nam ex ratione quam testator expressit suæ voluntatis, colligimus non obscurè ipsius voluntatem *l. vltim.* D. *de hered. instit. l. cùm pater* 77. *§. dulcißimis de legat.* 2. Quare ad rem non pertinet si quis obiiciat ex *l. 2. C. hoc tit.* tutorem testamentarium non excludi per codicillarem sed ambos tutores esse. Tunc enim id obtinet cùm ambo simpliciter dati sunt, vt benè respondet Bartolus, non autem cùm expressa ea causa quæ ostendat non fuisse testatorem venturum ad posteriorem dationem si priorem valere posse credidisset. Minus obstat si quis dicat, In tutelis testamentariis vt in cæteris omnibus vltimis voluntatibus scripturam & condicionem nouissimam spectandam esse, non vt in libertatibus leuissimam condicionem *d. l. tutor* 8. *§. vlt. & l. si hereditas* 10. *§.* 1. *D. hoc tit. l. quod traditum est* 87. *cùm duab. seqq. D. de condic. & demonstr.* Nouissima enim scriptura ea accipienda est non quæ postremo loco dictata aut scripta est, sed quam testator nouissimam esse voluit, cùm voluntas sola sit illa quæ facit vt omnia valeant, quæ testamento data sunt, vt de legatis scriptum est in *l. si mihi & tibi* 12. *§. vlt. de legat.* 1. *l. si quis in principio* 22. *De legat.* 3. Non fuit autem in proposito vltima testatoris voluntas quam ille expressit in codicillis quamuis post testamentum factis, quia non eos tutores daturus fuisset, si putasset futurum vt quos priùs dederat tutores esse possent, & vellent. Quod autem obiici solet de procuratore, Per dationem vltimi primum videri reuocatum ex *l. si quis cùm procuratorio* 31. *D. de procurat. §. vltim.* longè diuersam rationem habet, quam nec Bart. ignorauit ad *dict. l. si hereditas §.* 1. Nempe quia plures tutores, licèt diuersis temporibus dati, eodem tamē tempore confirmantur, quod in pluribus procuratoribus non obtinet diuerso tempore datis. Quòd si simul dati sint omnes sunt procuratores exemplo tutorum, sed ita vt melior sit condicio occupantis in ea re in qua occupat, ne mutuò se impediant *l. pluribus* 32. *eod.*

l. vlt. D. de hered. inst. l. cùm pater 77. §. dulcissimis de leg. 2.

l. tutor 8. §. vlt. l. si hereditas 10. §. 1. D. hoc tit.

l. si mihi 12. §. vl. de leg. 1. l. si quis 22. de legat. 3.

ILLATIO XVIII.

De tutore dato liberis, etiam exheredatis.

DEcimooctauò ex eodem Principio fit, vt etiam exheredato filio tutorem dare pater possit, perindéque valeat datio si modò hereditas ex eo testamento adeatur *l. pater* 4. *D. hoc tit.* Est enim æquè fauorabilis hæc tutela cùm sit testamentaria atque si filio instituto facta esset, siue patris voluntatem vltimam spectes, siue filii vtilitatem ad quam hoc maximè pertinet vt qui ex bonis patris nihil habet saltem à prouidentia paterna id habeat quod sine dispendio & diminutione hereditatis paternæ futurum sit. Et quemadmodum filio exheredato pupillariter substituere potest, fideicommissum autem vel ab eo vel ab ipsius substituto aut legitimo herede relinquere non potest *l. si adrogator* 22. *§.* 1. *D. de adopt. l.* 2. *l. coheredi* 41. *§. cùm filia De vulg. & pupill. substit.* quia substitutio pupillaris honor pupilli, fideicommissum verò onus grauati esse creditur, ita & filio impuberi exheredato tutorem dare pater potest, propterea quòd id & honorificum & vtile futurum sit filio, quamuis tutori onerosum. Et de huiusmodi tutore testamentario, id est qui impuberi exheredato

l. pater 4. D. hoc tit.

datus

datus sit accipi debet quod scribit Pomponius in *l. si nemo* 9. D. *hoc tit.* Si nemo hereditatem adierit nec tutelam valere, nec aliud quicquam ex iis quæ testamento scripta sunt, si verò vnus ex pluribus adierit tutelas statim valere, nec expectandum esse vt omnes hereditatem adeant. Itémque quod Vlpian. in *l. si hereditas* 10. *eod.* Si hereditas nondum adita sit, ex qua id est ex cuius aditione, aut si mauis, ex qua aditione tutor speratur, verius esse alium tutorem posse dari quasi nondum sit nec speretur. Nam si poneres iis locis institutum fuisse filium in potestate impuberem cui tutor datus fuit, frustra & perperam lex loqueretur de aditione, cùm sui heredes non dicantur adire, sed se immiscere: nec hereditatem acquirere sed retinere *l. si patronus* 12. §. *vltim.* De *bon. libert.* Frustra etiam lex requireret aditionem quæ numquam in suis heredibus necessaria est, *l. in suis* 14. D. *de suis & legit. l. in suis* 11. D. *de liber. & post.* cùm sint ipso iure & statim heredes ex testamento, etiam post datum illis à prætore beneficium abstentionis *l. 1. §. qui sunt in potestate* D. *si quis omiss. caus. testam.* imò etiam postquàm se abstinuerunt *l. cùm quasi* 30. §. *sed etsi suus.* D. *de fideicommiss. libert.* Nec tantum quod ad iuris ciuilis vigorem attinet, verùm etiam quod ad prætorem *l. ita tamen* 27. §. *si pater* D. *ad SC. Trebell.* licèt dici soleat filium qui se abstinuit non haberi à prætore heredis loco *l. si filius* 12. D. *de interrog. in iur. fac.* Nimirum quod ad hoc vt à creditoribus hereditariis conueniri, vel debitores hereditarios conuenire ipse possit *l. necessariis* 57. D. *de acquir. hered.* Itaque parum subtiliter facit Bart. qui ad *dict. l. si hereditas*, torquet se vt inquirat, Cur in specie illius legis alius tutor dandus sit iacente hereditate, cùm, inquit, testamentarius confirmatus sit per existentiam sui heredis quæ pupillares etiam tabulas confirmare solet *l. filius* 41. D. *de acquir. hered.* Adhuc verò insubtiliùs cùm respondet intelligendum esse Vlpianum de eo casu quo existentia sui heredis non operabatur, quod solet ille dicere duabus potissimùm de causis euenire, Aut quia substitutum vulgarem habeat suus heres, aut quia extraneum coheredem. Sic enim ille ad *dict. l. si nemo & ad l. Iulianus* 42. *de acquir. hered.* & alibi sæpe. Quæ tamen traditio tanquam à Iureconsultorum traditionibus alienissima à nobis confutata est in secunda parte Chiliadis nostræ. *De error. pragmat.* Debuerat Bart. dicere supradictis locis datum fuisse tutorem filio impuberi exheredato, Quo casu non potest sui heredis existentia confirmare tutelam, quandiu potest confirmari exheredatio per aditionem hereditatis ab extraneo herede faciendam, Multò minùs posteaquàm adita est hereditas, quamuis vno casu possit adhuc suus heres esse is qui exheredatus fuit, Nempe si testamentum destituatur nemine ex eo adeunte, Ne alioqui testamentum per omnia irritum ad solam exheredationis notam profecisse videatur *l. filium* 20. D. *de bonor. poss. contr. tab. & dict. l. si patronus* 12. §. *ex testamento* D. *de bon. libert.* Proinde extra rem illud etiam est quod notat Bart. ad *dict. l. si hereditas*, posse dari tutorem impuberi ad vnum articulum puta ad hereditatem adeundam *l. impuberi* 9. D. *de tutor. & curat. dat.* Non enim ait Vlpianus in *dict. l. si hereditas*, dandum esse tutorem impuberi ad adeundum, sed ad personam ipsius regendam, & patrimonium si quod ei obueniret aliunde quàm à patre, dum extranei aditio expectatur. Quare nec distinctio illa necessaria est quam ponit Bart. an certum sit hereditatem esse

l. si nemo 9. D. hoc tit.

l. si hereditas 10. eod.

l. 1. §. qui sūt in potestate D. si quis omiss. caus. testam. l. cū quasi 30. §. sed etsi suus D. de fideic. libert.

Bartoli errores ad d. l. si hereditas, & ad d. l. si nemo.

l. filium 20. D. de bon. poss. contr. tab.

d. l. si hereditas.

locupletem an incertum & dubium. Supponit enim tractare Vlpianum de impubere herede instituto,quod nos negamus.Ergo & quod idem Bart. subiungit tutorem datum ad certum articulum non habere necesse facere inuentarium,vt neque curatorem datum ad litem ex notat.in *l.de creationibus C. de episcop.audient.*etsi verum est æquè tamen ab Vlpiani sententia & proposito abhorret.

ILLATIO XIX.

De tutore testamentario non dando nisi verbis imperatiuis & latinis.

DEcimononò ex eodem Principio fit, vt tutor testamentarius olim dari non potuerit nisi verbis legitimis id est non tantùm imperatiuis sed etiã latinis,quia non alio iure permissum est testatori vt det tutorem , quàm quia permissum ei est legem facere iis verbis *vti legaßit*,lex autem à populo romano non fit,nisi verbis latinis.Sed hoc tamen ab Impp. Theodosio & Valentiniano tandem immutatum est in *l.vlt.C.hoc titul.*vbi constituerunt vt tutores etiam græcis verbis in testamento dari possint ita vt benè ac iure dati videantur acsi legitimis verbis eos testator dedisset:Fauore nimirum tutelæ testamentariæ,quam æquum fuit hoc modo ampliari,vt tanto liberior esset licentia parentibus testamento tutores liberis dandi.

l.vlt.C.hoc tit.

ILLATIO XX.

De tutoribus testamentarijs quòd non ab herede sed à testatore proficiscantur.

VIcesimò ex eodem Principio fit,vt tutores testamentarii non ab herede, sed à testatore protinus proficiscantur,simul atque aliquis heres extitisset vt Paulus scribit in *l.tutores 7.hoc tit.*Hoc enim est,quod huiusmodi tutelas facit fauorabiliores, quæ scilicet non tantùm fauorem mererentur si ab herede proficiscerentur.Requiritur tamen vt sit adita hereditas, verùm non quasi tutela proficiscatur ab herede,sed tanquam condicio sine qua non, quia fieri nequit vt destituto testamento per non aditionem hereditatis non corruant tutelæ,sicut & cætera in eodem testamento data *l.si nemo 9.eod.l. ea quam* 14. C. *de fideicommiss.*Adeò vt nec hodie aliud sit post *Auth.ex causa* C.*de liber.præter.*quoniam aliud est rumpi testamentum ex causa præteritionis vel exheredationis,De quibus casibus loquitur Iustiniani constitutio, Aliud verò destitui testamentum nemine ex eo adeunte ad quem casum certè non pertinet Iustinianea lex,nisi quòd ex alia eiusdem Iustiniani constitutione, scilicet *Nouell.* 1.*De hered.& falcid.*permissum est legatariis quoque & fideicommissariis iuxta eum tamen ordinem,quem ille præscribit,vt adire possint herede repudiante,ita vt eo casu perinde omnia debeantur acsi heres adiisset.Cæterum aditionem requirit semper Iustinianus vt valeant legata,& fideicommissa & cætera omnia.Atque ita Bartolus quoque sentit ad *dict. l. si nemo* 9. Amplius dico, quod magis mirum est , suo herede instituto & se abstinente , quamuis non eo minùs heres maneat ipso iure etiam post abstentionem vt dictum est illat.18.legata tamen & fideicommissa omnia intercidere *l.* 1. *§. vltim. & l.* 2. D.*vt*

l. tutores 7. hoc tit.

Auth. ex causa C. de lib.prætor.

Nouel.1. De her. & falcid.

l.1.§.vlt.& l.2.D. vt in poss.legat.

D. *vt in possess. legat.* Nempe, quia si non intercidérent danda esset eorum nomine actio legatariis & fideicommissariis, Et quidem in suum heredem, quod tamen fieri non potest, quia prætoris est actionem dare vel denegare, qui porrò cùm non habeat heredis loco eum qui se abstinuit quod ad hoc vt conueniri possit, numquam patietur conueniri eum à legatariis aut fideicommissariis, non magis quàm à creditoribus hereditariis de quibus in *l. necessarys* 57. D. *de acq. hered.* Creditorum enim numero sunt etiam legatarij & fideicommissarij statim atque legati vel fideicommissi dies cessit *l. is cui* 42. D. *de oblig. & action. l. si seruus plurium* 50. §. 1. *de legat.* 1. dummodo sit adita hereditas *l.* 3. D. *de pignor.* Et hoc est quod dici solet legatariis & fideicommissariis testamenta penè chirographa esse *l. si quis testamentum* 41. D. *ad leg. Aquil.* In quo euidenter diuersa est ratio tutelarum, Nulla enim contra filium impuberem actione opus est ad dandum ei tutorem cùm protinus à testatore tutela in tutorem proficiscatur. Dices etiam legatorum per vindicationem relictorum dominium recta via & protinus transire à testatore in legatarium numquam factum heredis *l. à Titio* 64. *D. de furt. l. legatum* 80. *de legat.* 2. Cur non ergo subsistunt etiam suo herede se abstinente? Nempe quoniam ea demum legata per vindicationem possunt dominium transferre in legatarium recta via & sine vllo facto heredis, quæ & ab herede ipso præstari possent si per actionem personalem conueniretur. Lex enim cùm transferre dominium ipso iure in legatarium, nihil aliud agit nisi quod factum heredis repræsentat vt in simili scriptum est in *l. vltim.* C. *si mancip. ita fuer. alien.* Essétque absurdum valere legatum ad transferendum dominium eo casu quo non posset valere ad inducendam actionem personalem contra heredem. Quænam enim potest esse validitas legati cuius nomine personalis actio competere in heredem non potest? Aut quomodo transferri dominium ex legato inualido? Quare & cùm de legato prudentes loquuntur etiam per vindicationem relicto, semper dant legatario personalem quoque actionem aduersus heredem *l. huiusmodi* 84. §. *vltim. cum l. seq. De legat.* 1. quomodo & Iustinianus quamuis det etiam pro legatis & fideicommissis omnibus vindicationem in *l.* 1. *Cod. commun. de legat.* Licèt enim in formula legatorum per vindicationem testator non loquatur cum herede vt tamen valeat legatum & ad illud præstandum heres obligetur non tam inspiciendum est cum quo testator locutus sit, quàm in quem voluntatis suæ intentionem direxerit *l. cùm pater* 77. §. *donationis* iunct. *l. miles* 75. in iis verbis *etsi defunctus cum eo loquatur quem precario remuneratur, de legat.* 2. Atqui legata per vindicationem non possunt peti per legatarios à filio qui se abstinuit, Ergo neque dominium eorum in legatarios transferri. Malè tamen Bartolus & post eum vulgo cæteri *ad dict. l. tutores & ad dict. l. si nemo* §. 1. defendunt diem tutelæ non cedere nisi ab adita hereditate. Cedit enim statim ab instanti mortis, Alioqui non esset verum quod ait *dict. l. tutores*, protinus à testatore proficisci tutelam & transire potestatem patris in tutorem. Nam cùm tutoris potestatis nihil aliud sit, quàm continuatio quædam patriæ potestatis, non posset ea continuatio fieri si interrumperetur per totum illud tempus quod intercedit à morte testatoris ad diem vsque aditæ hereditatis, Quemadmodum dicimus futurum vt non posset continuari dominium quod fuisset defuncti in heredem si hereditas quandocumque adita non retrofingeretur adita ex die mortis. *l. heres*

l. is cui 42. *de oblig. & act. l. si seruus* 50. §. 1. *de leg.* 1. *l. si quis* 41. *D. ad leg. Aquil.*

l. vlt. C. si mancip. ita fuer. alien.

l. huiusmodi 84 §. *vlt. de leg.* 1.

quandocumque 49. D. de acquir. hered. l. omnia 131. De regul. iur. Nec est contrarium quod tutela ex certo tempore dari potest *l. tutor 8. §. tutorem De test. tut.* non etiam hereditas *l. hereditas 34. De hered. inst.* Ratio enim dissimilitudinis hac parte inter hereditatem & tutelam illa est, quod medio tempore alius tutor dari & quidem statim potest ad continuandam sine interruptione potestatem, quæ fuit in defuncto *§. 1. infr. de Attil. tutor.* At pendente die institutionis non posset alius heres interim constitui ad continuandum dominiũ quod fuit defuncti. Heres enim si quis interim constitueretur, non posset eueniente postea die desinere heres esse, quomodo tutor interim datus postea tutor esse definit. Idque ita esse apparet manifestiùs ex eo, quod si hereditas nondum adita sit ex cuius aditione testamentarius tutor speratur, verum quidem est, interim alium tutorem pupillo dari, posse, ne indefensus maneat, sed non alio colore quàm quasi necdum tutor quisquam sit, nec speretur vt loquitur Vlp. in *d. l. si hereditas 10. hoc tit.* quia nimirum si aliquis tutor speraretur non magis posset fieri vt tutorem aliquando habituro testamentarium tutor dari posset, quàm vt iam tutorem habenti. Adeò verum est quandiu testamentarius tutor speratur, nec legitimo locum esse nec proinde datiuo quem legitimus præcedit *l. si quis sub condicione 11. eod.* Hoc verò cur ita? Nisi quod tutor testamentarius quandocumque tutor factus, ex instanti mortis eam potestatem habuisse retrofingatur. Nam & inde est quod etiamsi medio tempore id est ante aditam hereditatem vel impletam condicionem sub qua tutor testamento datus fuerat, alius interim ex lege Atilia datus sit is tutor esse desinit statim atque vel hereditas adita, vel condicio impleta reperitur: vt disertè Iustinianus, scribit in *d. §. 1. infr. de Attil. tutor.* quod vtique falsum esset, si tutor testamentarius non retrofingeretur fuisse tutor ex die mortis. Maneret namque tutor qui medio tempore datus fuisset cùm à magistratu non magis ad tempus, aut ex tempore quàm sub condicione tutor dari possit *l. muto 6. §. 1. D. de tutel.* ei autem qui tutorem iam haberet non alius tutor dari posset, sed potiùs tanquam curator adiungi is qui tutor ampliùs esse non potest, licet testator tutelam ei mandasset non curam, Vt & in specie *l. ex sententia 29. hoc tit. l. 2. C. in quib. caus. tut. habent.* At è contrario tutor solus ille est quem pater testamento dedit. Qui verò à magistratu medio tempore datus fuit, is tutor omnino esse desinit, Et quemadmodum non fuerat datus neque potuerat dari nisi eo colore quasi nullus tutor speraretur *d. l. hereditas in pr.* ita nec testamentarius ex postfacto admittitur, aut admitti potest nisi eo colore quasi antea nullus alius fuerit qui tamen reuera fuit. Quibus coloribus, & fictionibus locus nullus relinqueretur, si tutelæ dies reuera non cederet, nisi ab adita hereditate, nec pro Bartolo quicquam facit quod scriptum est in *d. l. si nemo,* hereditatem adeunte nemine tutelã nõ valere, itẽque quod in *d. l. tutores 7.* Paulus ait *simulatque aliquis heres extitisset,* Et quod Vlp. in *d. l. si hereditas,* quandiu hereditas adita non est, tutorem esse non posse illum qui testamento datus fuit, & ideò alium interim dandum esse. Nam de legatis & fideicommissis omnibus quantumlibet purè relictis æquè ac de tutelis scribit & sentit Pomponius in *d. l. si nemo,* Et tamen nemo dubitat quin legatorum & fideicommissorum omnium purè datorum dies cedat à morte testatoris, Exceptis legatis libertatis & vsusfructus, in quibus iure speciali receptum est, vt non cedant nisi ab adita hereditate *l. 2. l. nam cùm libertas 8. D. quand. dies leg. ced.* Rationes autem speciales quæ ius hoc singulare in iis duo-

d. l. si hereditas 10. hoc tit.

l. si quis sub condicione 11. eod.

§. 1. infr. de Attil. tut.

l. muto 6. §. 1. de tutel.

l. ex sententia 29. D. hoc tit.

l. 2. l. nam cùmlibertas 8. D. quad. dies leg. ced.

iis duobus legatorum generibus induxerunt, in tutela locum non habent. Nã in libertate quidem idcirco ita receptum est, quia tantus eius fauor est vt quæ semel competiit numquam possit reuocari. Proinde si exemplo cæterorum legatorum per vindicationem purè datorum admitteremus libertatem competere ex die mortis, quemadmodum illorum dominium transit recta via in legatarium, sequeretur, quòd etiamsi postea testamentum destitueretur herede repudiante, libertas tamen quæ semel competiisset non desineret competere, atque ita reperiretur quis liber factus ex testamento destituto quod esset absurdum: Cui absurdo non similiter locus fit, in cæteris legatis, quorum dominium etiam acquisitum legatario ex legis potestate reuocatur facilè, & numquam acquisitum retrofingitur si hereditas postea non adeatur, quemadmodum si legatarius repudiaret legatum *l. si tibi homo* 86. *§. cum seruus de legat.* 1. *l. ei qui* 13. D. *de condic. instit.* quia nimirum acquisitio illa quæ fit sola legis potestate & sine legatarii voluntate non est irreuocabilis. Itaque solus libertatum nimius fauor ille est qui facit vt libertates hac parte minùs fauorabiles sint quã cætera legata: quibus tamen meliùs comparari tutela potest, quàm libertatibus, quia tutela quæ semel competiit & reuocari & finiri potest certo tempore certáque condicione præsertim testamentaria *d. l. tutor* 8. *§.* 1. *&* 2. *D. hoc tit. & d. §.* 1. *infr. De Attil. tutor.* Quod verò ad vsumfructum pertinet, ideò non cedit eius dies nisi ab adita hereditate, quòd cùm consistat ex vtendo fruendo id est ex facto aliquo eius qui vtitur & fruitur, non priùs potest constitui quàm aliquis sit qui frui possit, quod non euenit ante aditam hereditatem, quia nec ante est qui possit vsumfructum tradere vel pati vt legatarius vtatur fruatur *l.* 1. *in princ. & §. dies autem* D. *quand. dies vsusfr. legat. ced.* Tutela verò tota in iure consistit, nec personam aut factum vllum heredis requirit, nisi vt hereditas adeatur. At neque factum vllum tutoris nisi vt sciat se tutorem datum & cesset in administratione cùm ipso iure tutor sit *l. si is qui tres* 31. *versic. nam ipso iure D. de excusat. tutor.* Nihil ergo impedit ne tutelæ dies possit cedere à morte testatoris. Quod tamen non ita accipiendum est quasi possit tutor ante aditam hereditatem aliquid gerere. Non enim potest ne fiant irrita quæ gessit si postea contingat tutelam non valere destituto testamento. Quis namque vellet sub incerto illo euentu contrahere interim cum pupillo? Itaque ob eam causam ne pupilli vtilitates deserantur, placuit tutorem interim pupillo dari, nec eum qui futurus speratur testamentarius, sed alium, quia cùm non liceat alio colore tutorem interim dare vt iam diximus quàm quasi nec quisquam tutor sit nec fore speretur, implicaret contradictionem dari tutorem eum qui speraretur & ob eam rationem, quòd speraretur, Minùs me mouet quod pro se Bartolus adducit ex *dict. l. si is qui tres* 31. *§. idem euenire De excus. tutor.* vbi Paulus scribit si duobus testamentis is qui iam tres tutelas habebat tutor datus sit, & quæratur quæ prior tutela sit delata non apertarum tabularum tempus inspici debere, sed aditæ hereditatis vel condicionis existentis. Id enim rationem illam habet, Non quòd tutela non deferatur nisi ex die aditæ hereditatis, sed quia hereditate demum adita certum esse incipit valere tutelam, & tutorem datum ipso iure tutorem esse, cùm aditione hereditatis tota defuncti voluntas rata constituatur *l. si patroni* 55. *§. qui fideicommissam* D. *ad SC. Trebell.* etiam pro legatis & fideicommissis, quorum tamen dies non ideò potest dici cedere ab adita hereditate. Et sanè absurdum esset captari à tutore occasionem excusationis

d. l. tutor 8. *§.* 1. *&* 2. *D. hoc tit. §.* 1. *infr. De Attil. tut.*

l. si is qui tres 31. *D. de excus. tut.*

d. l. si is qui tres §. idem euenire.

ex ea tutela, quæ licèt iam delata fuerit, in ea tamen adhuc causa est vt possit non valere. Quinimò ex eo potiùs loco probari potest ipso iure deferri tutelam, non ex die aditionis, sed ex die apertarum tabularum quod olim tempus erat cessionis legatorum ex lege Papia, & in cuius locum hodie substitutum est tempus mortis, restituto iure vetere legis duodecim tabularum *l. vnic. C. de caduc. tollend.* Quænam enim poterat eo loco esse ratio dubitandi, cur non videri deberet tutela delata ex die aditæ hereditatis, si nec priùs dies eius cedebat? Diem enim cedere nihil aliud est quàm delationem fieri, Diem verò cessisse, delationem factam esse. At quia verum est tutelam deferri statim, aut saltem ab apertura tabularum, ideò videbatur inspiciendum tempus aperturæ tabularum non aditæ hereditatis: quod tamen Paulus negat tractans scilicet de excusatione quæ non potest admitti nisi habeat causam quam constet & veram & iustam esse. Nescitur autem an tutor testamento datus tutor futurus sit etiamsi iam delata ei sit tutela, quandiu hereditas non est adita, cùm in eo sit testamentum, vt destitui possit. Vnde etiam est quod si tutela delata fuerit sub condicione non erit inspiciendum tempus aditæ hereditatis si adita sit ante condicionis euentum, sed tempus existentis condicionis vt ibidem Paulus ait, quia licèt condicio quandocumque existens facilè retrotrahatur, numquam tamen fieri potest vt ante condicionis euentum fuerit verum dicere tutelam fuisse certò acquisitam, cùm potuerit irrita fieri si condicio defecisset. Denique quod Bartolus pro magna ratione adfert, In his quæ ad heredem non transeunt diem non cedere nisi ab adita hereditate vt patet inquit in libertate & vsufructu, *l. vnic. §. in nouissimo Cod. de caduc. tollend.* tutelam verò non magis quàm vsumfructum aut libertatem ad heredem transire *l. tutela 16. in fin. D. de tutel.* plané ad rem non facit. Eodem enim argumento perinde probares non deferri hereditatem purè relictam nisi ex die aditæ hereditatis, cùm mortuo ante aditionem herede non transmittatur *dict. §. in nouissimo*: quod tamen si quis diceret, ridiculus esset. Priùs enim est vt delata sit hereditas, quàm vt possit quis adeundo eam consequi *l. delata 151. De verb. signific.* Et hoc est quod nostri solent dicere, Diem hereditatis hodie cedere ex die mortis, Vt significent ex eo tempore & delatam esse & acquiri posse. Scio Vlpianum in *l. 3. D. quand. dies legat. ced.* sic argumentari vt dicat frustra fore si quis vellet diem vsusfructus cedere ante aditam hereditatem, cùm ad heredem, inquit, non transmittatur. Sed ea argumentario quamuis bona sit in legato vsusfructus, tamen in cæteris non est bona nec est perpetua, imò præpostera. Nec enim ideò legatorum vel fideicommissorum purè datorum dies cedit à die mortis quod transmittantur ad heredem, sed è contrario ideò transmittuntur ad heredem mortuo ante aditam hereditatem legatario vel fideicommissario, quod eorum dies cesserit à morte testatoris. Diem namque cedere non illud est, incipere transmitti posse, Sed incipere delatum quid esse vt diximus, cùm agimus de vltimis voluntatibus, Debitum verò esse cùm agimus de contractibus *l. cedere diem 213. De verb. signific.* Transmissibilia verò non sunt omnia quæ sunt delata ex vltima voluntate, vt videre est in hereditate, Vt è contrario transmissibilia sunt etiam ea quæ nondum sunt debita ex contractu, puta quæ sunt promissa sub condi-

l. tutela 16. in fin. De tutel.

l. delata 151. de verb. signific.

l. 3. D. quãd. dies leg. ced.

l. cedere diẽ 213. De ver. signific.

condicione ante cuius euentum stipulator decesserit *§.ex condicionali Instit.de verb.obligat.* Est igitur ratio illa Vlpiani in *d.l.3.*adiecta ex abundanti,vt significet parum interesse fructuarij quod dicamus diem vsusfructus non cedere nisi ab adita hereditate, quia etiamsi cederet à die mortis non ideò tamen fructuarius eum transmitteret ad heredem. Verùm posset responderi, imò futurum eo casu vt transmitteret ad heredem ius petendorum fructuum qui à die mortis percepti essent,quemadmodum transmitteret is cui non ius vsusfructus legatum esset, sed fructus ipsi qui ex fundo Corneliano primo anno perciperentur, aut frumenta, aut vina fundi Corneliani. Hæc enim legata quin transmittantur ad heredem legatarij,etiamsi legatarius ante aditam hereditatem decesserit,nemini dubium est cùm longè aliud sit legari corpora fructuum,aliud verò legari ius ipsum vsusfructus *l.vacca emptor* 43.*D.de euiction.* Quidni ergo idem eueniret legato vsufructu si vsusfructus legati dies cederet à morte testatoris?Nisi fortè replicabis quod verum est, illam adhuc rationē obstaturam transmissioni, quod non alii fructus pertinent ad fructuarium, aut transmissionis iure ad ipsius heredem quàm quos fructuarius ipse perceperit,In quo minùs iuris habet fructuarius, quàm bonæ fidei possessor ad quē fructus omnes pertinēt qui à solo sunt separati *l.fructuarius messem* 13.*D.quib.mod.vsusfr.amitt.* Nam etsi fructuarius decesserit post aditam hereditatem, non ideo tamen transmittet ad heredem fructus etiam à solo separatos quos non ipse perceperit. Igitur neque transmittet fructus eius temporis,quod hereditatis aditionem præcessisset, etiamsi ius tale esset,vt dies vsusfructus legati cederet à morte testatoris.Ex cóque tantò clarius fit vsumfructum habere rationem specialem propter quam nec dies eius possit cedere ante aditam hereditatem,nec vsusfructus ipse transmitti etiam cuius dies cesserit,adeóque qui fuerit acquisitus: nempe quia morte finitur & cū persona extinguitur. Alioqui si in supradicta Vlpiani ratione perstare velis,æquè ex ea probabo diem vsusfructus legati non magis cedere ab adita hereditate quàm ex die mortis, quia nec post aditam hereditatem transmittitur. Eadémque argumentatio aptari poterit ad quæstionem nostram de tutela.Nam nec tutela quæ iam delata est,adeóque acquisita potest transmitti ad heredem tutoris quantumuis adita sit hereditas *d.l.tutela.* Perinde igitur erit inferendum ex Bartolo contra Bartolū, Tutelæ diē nūquā cedere,id est ne quidē adita hereditate.Et sanè vereor ne minùs propriè loquamur cùm dicimus tutelę diē,siue cedere,siue non cedere,siue à morte testatoris,siue ab adita hereditate:Sicut nec bene,meo iudicio,loquuntur nostri,cùm dicunt hereditatis diem cedere ex die mortis,pro eo quod volunt dicere hereditatem ex eo tempore delatam esse,& adiri posse. Etsi enim omnia quorum dies cessit ea vel delata,vel debita esse possumus dicere,Non tamen similiter quis dixerit eorum omnium quæ delata sunt diem cessisse.Nam eorum demum cedit dies, quorum vel simul etiam venit dies, vel aliquando venire potest,Venire autem diem nihil aliud est quàm incipere posse peti id cuius dies venit vt in *d.l.cedere diem*, aut iam ipso iure acquisitum esse, vt cùm dicimus cedere diem libertatis directæ ab adita hereditate. Ipso enim iure liber est is cui directa libertas data fuit.Atqui hereditas, neque deberi potest à quoquam, neque ipso iure acquiri citra aditionem extra causam suorum heredū.Non potest igitur dici hereditatis diē cessisse, vel venisse. Idem de tutela dici potest.Nec enim quisquam est à quo peti possit, nec rur-

§.ex condicionali inst. de verb. oblig.

l.vacca emptor 43. D. de euict.

l.si fructuarius 13. D. quib. mod. vsusfr. amitt.

d.l. cedere diem 213.de ver.signific.

ſus cui acquiratur. Quippe cùm ſit onus & incommodum, ſuſcipi tantùm dicitur non acquiri, In quo differt à libertate directa, licèt vtrique commune illud ſit quod ipſo iure competat, Libertas enim commoda habet innumera quorũ effectus tranſit ad heredem eius qui libertatem cõſecutus eſt, vel ob hoc ipſum quod ſola libertas illa eſt, quæ facit vt ipſe & heredem & bona relinquere potuerit. Quod non ſatis videtur ponderaſſe Bartol. cùm dixit legatæ libertatis diem ideò non cedere niſi ab adita hereditate, quòd libertas non trãſmittatur ad heredem. Sed ſi quis impropriè loqui velit vt putet nihil intereſſe an dicamus tutelam deferri, an verò diem tutelę cedere, Dico poſſe defendi tutelæ diẽ cedere ex tempore mortis patris, nõ ab adita hereditate, quia verum eſt ex die mortis tutelam deferri, licèt expectanda ſit aditio, vt ſciatur an valeat tutela: Idque præter ea quæ ſupradicta ſunt, probo non obſcurè ex *l penult. D. hoc tit.* vbi ſcriptum eſt ita datis tutoribus *Lucium Titium tutorem do. ſi is non viuit tũ Caium Plautium tutorem do*, ſi Titius vixerit, & tutelam geſſerit quamuis poſtea viuo Plautio deceſſerit, Plautium tamẽ tutorẽ eſſe non poſſe, quia illa verba ad mortis tempus referantur. Quis enim horum verborum ſenſus eſſe poteſt niſi idem qui eſſet ſi ſcriptum eſſet referri ea verba ad id tempus quo tutela deferatur? Quid enim attineret fieri eam relationem ad tempus mortis, ſiue à teſtatore, ſiue à Iureconſulto, ſi non niſi ex die aditæ hereditatis, ac non etiam ex die mortis tutela deferretur? Idem ergo tempus eſt & mortis & delationis tutelæ.

l. pen. D. hoc tit.

Denique vt argumenta omnia Bartoli contra ipſum retorqueamus, regula Catoniana locum habet etiam in tutela. Certum enim eſt tutores teſtamento dari poſſe eos ſolos cũ quibus teſtamenti factio eſt *l. teſtamento tutores 21. D. hoc ti.* quo verbo *eſt* cùm ſit præſentis temporis vtique tempus præſens ſignificatur quo fit teſtamentum, & quo tutor datur, Vt proinde ſi quis teſtamento tutorem dederit peregrinum cum quo non ſit factio teſtamenti, quamuis moriẽte patre ciuis ille reperiatur, nihilomagis tutela valere poſſit, quia nec valuiſſet ſi facti teſtamenti tempore pater deceſſiſſet, Atqui falſum hoc eſſet ſi tutelæ dies non cederet niſi ab adita hereditate, Nam ſi bona eſt comparatio tutelæ & legatorum (regula ſiquidem Catoniana de ſolis legatis locuta eſt, non de hereditatibus, multominùs de tutelis) certum eſt regulam Catonianam nõ pertinere ad legata quorum dies cedit ab adita tantùm hereditate *l. 3. D. de reg. Caton.* Ergo cùm in capacitate tutoris inſpicienda tempus teſtamẽti ſpectandum ſit præciſè, ex eo intelligimus tutelam ſtatim ex die mortis deferri, licèt requiratur & expectetur aditio hereditatis, vt valeat tutela inexpugnabiliter, quomodo Baldus loqui ſolet, id eſt tanquam condicio ſine qua non valeret. In ſumma quemadmodum teſtamentum per legem confirmatur ipſo mortis inſtanti, Ita & omnia quæ teſtamento deferuntur, & quorum delationem nihil impedit, neceſſe eſt deferri ex die mortis, Niſi ſpecialis aliqua ſit ratio propter quam delatio non poſſit fieri niſi ex die aditæ hereditatis, qualem eſſe oſtendimus in legato libertatis & vſusfructus. Atqui tutela non eſt in eorum numero quę vel aliqua lex vel legis ratio vlla exceperit à regula. Tutelas igitur ſtatim ex tempore mortis deferri fatendum eſt.

l. teſtamento tutores 21. D. hoc tit.

l. 3. D. de reg. Caton.

TIT. XV.

De legit. agnat. tutel.

PRINCIPIVM I.

De legitimis tutoribus in defectum testamentariorum.



VIBVS testamento tutor datus non est, his ex lege duodecim tabularum agnati sunt tutores, vt Iustinianus in Princip. huius tit. scribit. Nam quemadmodum eadem lex duodecim tabularum defert agnato proximo hereditatem legitimam, ita demum si ex testamento heres nemo sit, nec esse possit, Ita & in tutelis prouisum voluit, vt si quidem testamentarius aliquis tutor esset is omnimodo præferretur, si verò nullus esset, legitima agnato proximo tutela deferretur: Summa prouidentia, inquit Vlpianus in *l.1. D hoc tit.* vt qui sperarent pupilli successionem, iidem tuerentur bona ne dilapidarentur. Tutelę enim tam testamentariæ quàm legitimæ exemplo hereditatum deferuntur, vt pluribus docuimus ad Princip. 2. *De tutel.* Vnde petenda sunt quæ ad singulas huius tituli leges explicandas requiri possunt. *l.1. D. de legit. tutor.*

ILLATIO I.

De legitima tutela, cur sic dicta.

EX hoc Principio illud primum fit, vt hæc agnatorum tutela legitima dicatur, quia & agnati ipsi legitimi dicũtur vt hic Iustinianus scribit & constat ex *tot. tit. D. & C. vnd. legit.* & legitimos tutores nemo dat, sed sola lex duodecim tabularum facit eos tutores vt ait Vlpianus in *l. legitimos* 5. *D. hoc tit.* *l. legitimos 5. eod.*

ILLATIO II.

De legitima tutela, ibi quærenda vbi est legitima hereditas.

SEcundò ex eodem Principio fit, vt plerumque tutela legitima ibi sit vbi est legitima hereditas, nisi cùm fœminæ heredes intercedũt *l. quò tutela* 73. *De regul. iur.* Quidam tamen casus alii sunt in quibus alibi hereditas est, alibi tutela, Quos persequitur Vlpianus in *d. l. 1. §. 1. & seqq. hoc tit.* & nos explicauimus ad *dict. Princip. 2.* *l. quo tutela 73. De reg. iur.*

ILLATIO III.

De legitimo tutore excludendo quandiu speratur testamentarius.

TErtiò ex eodem Principio fit, vt non solùm si tutor testamẽtarius aliquis iã sit, sed & si nemo sit nec adhuc esse possit, aliquis tamen speretur, puta qui testamento datus fuerit sub condicione quæ nõdũ extiterit, legitimæ tutelę nullus interim sit locus *l. si quis sub cõdicione* 11. *D. de test. tute.* Nã cùm legitima tutela non alia sit, quàm quæ defertur ex lege 12. tab. lex autem non deferat *l. si quis sub condicione 11. D. de test. tutel.*

eam agnatis, nisi sub illa condicione, si testamento datus tutor nemo erit. Consequens est vt quandiu verum non est condicionem extitisse sub qua lex facit tutorem, tamdiu verum quoque sit legitimum tutorem nullum esse. Atqui non potest dici verum esse extitisse condicionem sine qua nõ facit lex tutorem vllum legitimum, quandiu testamẽtarius aliquis speratur, quia si quando testamentarius aliquis erit apparebit defecisse condicionem, Quæ autem condicio potest aliquando deficere eam non potest dici iam extitisse, siquidẽ neq; condicio semel defecta potest vnquam existere, neque condicio quæ semel extitit, vnquã deficere *l. hac condicio 10. in fine princip. De con. & demonst. l. vxorẽ 41. §. Seium de legat. 3.* Interim ergo legitimus tutor nullus esse potest. Eandémque rationem lex 12. tab. seruat etiam in legitimis hereditatibus deferendis. Nam cùm sic locuta sit *si paterfamilias intestato moritur nec suus heres extabit, agnatus proximus familiam habeto*, apparet non aliter legitimo heredi & agnato proximo locum fieri posse, quàm si testamentarius neque quisquam sit, neque speretur *l. quandiu 39. D. de acq. hered. l. 1. D. si tab. test. null. extab.* Nisi in singulari casu *l. si quis ita 82. D. de hered. instit.*

l. hac condicio 10. in fi. princip. De condic. & demonstr. l. vxorem 41. §. Seium de leg. 3. l. quandiu 39. de acquiren. her. l. 1. D. si ta. test. null. ex tab. l. si quis ita 81. de here. inst.

ILLATIO IV.

De successione agnatorum in legitima tutela.

QVartò ex eodem Principio fit, vt si agnatus proximus qui tutor fuit legitimus, postea decesserit, vel qua alia ratione tutor esse desierit, sequentis gradus agnato tutela deferatur *l. 3. §. penult. D. hoc tit. §. placebat Instit. de legit. agnat. success.* Non quòd etiam legitimæ hereditates agnatis proximis delatæ possint ad sequentes pertinere (nec enim in agnatorum hereditatibus locus erat successioni *d. §. placebat*) sed quia lex aliter defert tutelã agnatis, aliter hereditatẽ. Agnatis tutelã simpliciter defert, hereditatẽ verò non nisi proximis *d. l. 1. & l. intestato 6. D. hoc titu.* iunct. *l. 1. §. post suos l. 2. & pass. D. de suis & legit.* Proximis, inquã, eo tempore quo certum esse incipit patremfamilias intestatum decessisse *d. l. 2. §. proximum.* Nihil ergo aliud lex requirit in deferenda tutela nisi vt agnatus sit ille cui defert, Perinde autẽ agnatus est qui in remotiore agnationis gradu, quàm qui in proximiore est. At in deferenda hereditate requirit vt agnatus proximus sit is, qui vult heres esse. Proximus autẽ esse non potest qui nõ fuit eo instãti quo cœpit esse certũ patrẽfamilias intestatũ decessisse, cùm ad illud præcisè instans proximitas ista agnationis referatur *d. §. proximum.* Inde fit vt in agnatis fuerit olim successio quantum ad tutelas, nõ fuerit autem quantum ad hereditates *d. §. placebat.* Hoc ita variè, quia maior ratio fuit prouidendi ne pupillus sine tutore esset, proximo agnato defuncto, vel capite diminuto, quàm ne quis esset sine herede, proximo agnato hereditatem repudiante: Propter admixtum fauorem pupilli & reipublicæ. Item quia is qui semel heres fuit, numquam heres esse desinit *l. ei qui soluendo 88. D. de hered. instit.* qui autem tutor fuit, facilè ac plerisque casibus desinit esse tutor, vt dicemus ad *Tit. quib. mod. tutel. finit.* Postremò, quoniam quæ ratio facit vt inter agnatos omnes quibus lex tutelam defert, prior cogatur tutor esse is, qui proximior agnatus est, Nempe quòd si pupillus nunc decederet futurum esset, vt eum heredem haberet, Eadem agnato isto proximo eodémque tutore, vel moriente, vel capite minuto inuitat sequentium graduum agna-

l. 3. §. penul. D. de legit. tutor. §. placebat inst. de legit. agnat. success.

l. 2. §. proximum D. de suis & leg.

Cur lex 12. tab. aliter decepta sit in hereditatibus legitimis, aliter in tutelis.

agnatos ex ordine ac prout quisque proximior est ad tutelam. Semper enim verum est quandiu pupillus viuit agnatum esse proximum quantum ad causam hereditatis eum qui nunc proximior agnatus est, licèt eo tẽpore quo primùm delata tutela fuit, ab alio anteuerteretur. Itaq; si quæras, Cur lex duodecim tabularum in deferenda tutela agnatis non adiecerit *proximis* quomodo adiecit in deferendis hereditatibus, cùm dici soleat, quod & verum est, Legitimas tutelas deferri ad exemplum hereditatum, Respondebo hanc ipsam rationem esse propter quam lex duodecim tabularum induxit successionem in tutelis legitimis, quia eas defert ad exemplum hereditatum, Licèt illud quoq; verum sit in legitimis hereditatibus non esse successionem, Nempe quia quãdiu pupillus viuit, tandiu verum est, futurum vt ipsius hereditas deferretur ei qui tum proximus agnatus reperitur, si pupillus ipse moreretur, Nec ei nocerẽt agnati anteriores qui delatæ primùm tutelæ tempore illum præcessissent. Nõ enim eodem tempore defertur tutela & hereditas, sed hereditas eo tempore, quo tutela ampliùs nulla est, finita nimirum morte pupilli. Quòd si lex duodecim tabularum detulisset tutelam vt hereditatem agnato proximo, facilè contigisset non solùm vt pupillus legitimo tutore destitueretur, sed etiam vt ei tutela deferretur qui hereditatem nec haberet, nec habere vnquã posset, vt puta si agnatus ille proximus post susceptam tutelam, viuo pupillo decessisset. Tãdiu ergo tutelæ successionem inter agnatos conseruari oportuit, quãdiu in agnatione superest aliqua persona, quæ possit sperare pupilli hereditatem, vt qui eam sperarent bona eiusdem pupilli tuerentur *d.l.1.D. hoc tit.* *l.1.D. de legit.tut.*

ILLATIO V.

De iure successionis inducto in agnatis etiam quod ad hereditates.

QVintò ex eodem Principio fit, vt ius illud vetus de quo proximè diximus Iustinianus correxerit, Nõ ex ea parte qua in agnatis erat successio quã tũ ad tutelam, sed ex alia parte qua non erat in agnatis successio quantum ad legitimas hereditates. Constituit enim Iustinianus in ea constitutione, quam refert ipse in *d.§. placebat Inst. de legit. agn. succ.* & quæ tamen in Codice nostro non extat vt remotiores agnati possint proximioribus succedere in causa legitimarum hereditatũ quemadmodum succedũt in ônere tutelæ, vt eadem in iis sit ratio commodi & incommodi, oneris & honoris. Hanc enim rationem nominatim adfert eo loco Iustinianus. *d.§. placebat Inst. de leg. agnat. success.*

ILLATIO VI.

De legitima tutela etiam cognatis hodie deferenda.

SExtò ex eodem Principio fit, vt hodie ex alia eiusdem Iustiniani constitutione proximi cognati ex ordine ad tutelam admittantur, postquàm placuit eidem Iustiniano vt possint admitti ad legitimam pupilli hereditatem, nec solùm cum agnatis, sed etiam quod magis est ante agnatos si in proximiore gradu reperiãtur cognati. Sustulit enim Iustinianus differentias omnes agnationis & cognationis quas tam religiosè lex 12. tab. induxerat ad familiarum conseruationem, solúmque proximitatis gradum in agnatis & cognatis omnibus attendi voluit *Nouell. 118. De hered. ab intest. venient. cap. 5. De legit. tutel. liber. §. ex his autem.* *Nouell. 118. De hered. ab intest. venient. cap. 5.*

ILLAT. VII.

De legitima tutela etiam pupillo deferenda.

SEptimò ex eodem Principio fiebat olim, vt legitima pupilli tutela etiam ad pupillum sub tutore iam constitutum pertinere posset si is fortè proximus agnatus reperiretur, Nimirum quoniam nec pupillaris ætas ei obstabat quominus defuncti impuberis hereditas ad eũ peruẽtura fuisset, Soliúsque fiduciariæ tutelæ proprium illud erat vt ad eã nõ alius admitti posset, quàm qui esset ætatis legitimæ, vt testatur Iustinianus ad *fin. tit. De fiduc. tutel.* Multóque magis deferebatur tutela legitima puberibus quamuis minoribus annis viginti quinque; tametsi possent illi ex causa ætatis iustam habere excusationem *§. item maior* 13. *infr. De excusat. tutor.* vbi tamen addit ille hoc ius à se correctum fuisse constitutúmque vt nemo vocetur ad tutelam, tametsi legitimam, priusquàm ætatis suæ annum quintum & vicesimum impleuerit. Quæ constitutio extat in *l. vl.* C. *de legit. tutor.* Cui enim ferendum est, inquit lex, eundem & tutorem esse & sub tutela constitui? & iterum eundem esse curatorem & sub cura agere? Hęc certè & nominum & rerum fœda confusio est. Idémque repetit Iustinianus *dicta Nouell.* 118. *cap.* 5. *§. ex his autem.* Post quas constitutiones nõ potest hodie vlla esse necessaria excusatio minoribus, cùm etiamsi maximè velint ad tutelam aspirare non possint, vt ait idem Iustin. in *d. §. item maior.* De quo nos plura scripsimus ad Princip. 1. illat. 4. *supr. De tutel.*

§. item maior 13. *infr. de excus. tut.*

l. vlt. C. de legit. tut.

Nouell. 118. *cap.* 5.

ILLATIO VIII.

De legitimo tutore dando etiamsi testamentum factum sit.

OCtauò ex eodem Principio fit, vt etiamsi paterfamilias fecerit testamẽtũ, si tamẽ nullũ in eo tutorẽ dederit, aut dederit quidẽ, sed eum, qui postea viuo testatore decesserit, perinde locus sit tutelæ legitimæ acsi nullum omnino testamentum factum esset, quia perinde verum est testamentarium tutorem nullum esse, & testatorem, quod ad tutelam attinet, intestati exitum fecisse *§. quod autem hoc tit. l. intestato* 6. *D. eod.* Quemadmodum & in hereditatibus dicimus legitimam hereditatem ex lege deferri ab intestato, tum quoque cùm testamentum ad initio factum est si fortè aut minùs ritè minúsque sollenniter factum sit, aut postea destitutum fuerit herede instituto non adeunte, siue quòd adire noluerit, siue quòd non potuerit *l. 1. in princip. & §. sciendum l. 2. §. penultim. D. de suis & legit. l. si qui filio* 6. *D. de iniust. rupt. l. scripto* 7. *D. vnd. liber.* Ea tamen differentia est hac parte inter tutelam & hereditatem legitimam, quod si semel confirmatum fuerit testamentum, adita ex eo per heredem scriptum hereditate, numquam potest fieri locus legitimæ successioni, quia semel factus ex testamento heres numquam desinit ex eo heres esse *l. ei qui soluendo* 88. *D. de hered. instit.* At quamuis aliquis fuerit tutor testamentarius, non eo minùs tamen fieri adhuc potest locus tutori legitimo, si fortè tutor ille testamentarius tutor esse desierit, vel morte, vel capitis diminutione, quia perinde sunt omnia integra tã ex parte pupilli, quàm ex parte agnati ad legitimam tutelam inducendam, acsi tutor testamentarius nemo vnquam fuisset. Ex parte quidem pupilli, quia nihil ei pro-

§. quod autem hoc tit. l. intestato 6. *D. eod.*

Differentia inter tutelã & hereditatem legitimam.

ei prodest quod habuerit aliquando tutorem qui iam esse desierit, manente tamen se pupillo: Ex parte verò agnati proximi, quia cùm adhuc viuat pupillus, & egeat tutore, spésque adhuc duret succedendi in ipsius hereditate, non potest agnatus recusare, quominùs suscipiat onus qui sperat commodum *d.l. intestato 6.D.hoc tit.* *d.l.intestato 6. hoc tit.*

ILLATIO IX.

De amittendis per capitis diminutionem legitimis tutelis.

NOnò ex eodem Principio fit vt legitimę tutelę capitis diminutione qualibet amittantur, quia cùm non deferantur nisi agnatis: agnati autem desinant esse agnati, siue familiam tantùm amittant, siue etiam ciuitatē, siue denique libertatem, consequens est, vt non solùm deferendæ, sed etiam delatæ iam & acquisitæ tutelæ pereant qualibet capitis diminutione *§.vlt.hoc tit.* Siue ea capitis diminutio contingat in persona pupilli *l.2.D.eod.* siue in persona agnati proximi eiusdémque tutoris *l.3.§.penult.eod.* Facit *l.tutelas 7. D.de capit.minut.* De cuius sententia & emendatione scripsimus ad Princip.2.illat.3.*supr. De tutel.* Non idem iuris est in iis quæ deferuntur, aut acquiruntur cognatis tanquam cognatis, quoniam agnatio quidem iuris ciuilis est & nomen ciuile, Cognatio verò nomen naturale est, Omnis autem capitis diminutio est iuris ciuilis, vt dicemus ad *tit.seq.* Itaque succedit iuris regula quæ habet ciuilem rationem ciuilia quidem iura posse corrumpere, sed naturalia non posse, vt ad huius tituli finem Iustinianus scribit. *§. vlt. hoc tit. l.2 l.3.§ penult. eod. l tutelas 7. D.de capit. minut.*

ILLATIO X.

De ordine & gradibus legitimæ tutelæ.

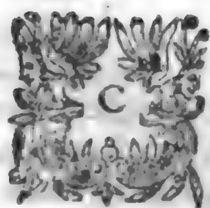
DEcimò ex eodem Principio fit, vt cùm ad agnatos tutela pertinet non simul ad omnes pertineat, sed ad eos tātùm qui proximiores gradu sunt vel ad omnes ita demum si sint eiusdē gradus *§.vlt.infr.tit seq.l.si plures 9.D. hoc tit.* Etsi enim tutela non defertur agnatis proximis vt hereditas, sed agnatis simpliciter, defertur tamen iis solis ad quos hereditas pertineret si moreretur pupillus eo tempore quo de legitima tutela tractatur. Eo autem tempore solus hereditatem haberet ille gradus agnatorum qui proximus reperiretur. *§.vlt.inf.tit. seq.l.si plures 9.hoc tit.*

AD TIT. XVI.

De capit. deminut.

PRINCIPIVM I.

Diffinitio Deminutionis capitis.



APITIS deminutio nihil nisi status mutatio est. Sic enim malo scribere cum Iustiniano initio huius tituli, quàm dicere cum Caio in *l.1.D.eod.* esse status permutationem. Cùm eo nomine permutationis magis propriè significetur actus qui inter duos fiat, vt solemus dicere *rerum permutationem.* Neque tamen hæc *l.1. D. hoc tit.*

definitio sit accipienda est vt conuertatur cum suo definito. Etsi enim omnis capitis deminutio status mutatio est, non omnis tamen status mutatio capitis deminutio vicissim est, sed ea tantùm quæ fit in peius, & in deterius. Finge filiumfamilias fieri sui iuris. Mutat proculdubio statum. Fit enim paterfamilias perinde acsi emanciparetur, neque tamen capite minuitur, quia fit melioris condicionis quàm esset antea. Idémque erit si fiat sui iuris per deportationem aut seruitutem patris *l.3.§.vl.D.de SC.Macedon.* Sic & statum mutat deportatus si in ciuitatē restituatur, quia fit ciuis romanus cùm antea esset peregrinus nec tamen dicitur capite minui, sed potiùs augeri, quia mutatio illa status fit in melius. Quod cùm ita sit dubitari eleganter potest, Cur ergo filiusfamilias qui emancipatur capite minui dicatur *d.l.3.§.vlt.* Sed rationem Paulus reddit in *§.vlt.l.3.D.hoc tit.* quia emancipari nemo potest nisi in imaginariā seruilem causam primùm deductus. Quod quale sit postea explicauimus. Ideò autem capite minui dicitur qui hanc mutationem patitur status melioris in deteriorem, quòd ciuilis legislator in ciuibus suis, siue recensendis, siue æstimandis caput potissimum intueatur, sine quo nec subsistere quisquam potest, ita vt nec pro homine cum habeat qui non habet caput in ciuitate, vt mox dicemus.

l.3.§.vlt.D. de SC.Mac.

l.3.§.vlt. D. hoc tit.

ILLATIO I.

De triplici specie capitis diminutionis.

EX hoc Principio illud primùm fit vt triplex sit capitis deminutio, Maxima media, & minima. Maxima per quam familia, ciuitas, & libertas amittuntur, Media per quam familia & ciuitas salua libertate. Minima denique per quam sola familia, non etiam libertas at ne quidem ciuitas. Tria enim hęc sunt quæ habemus & in quibus status cuiusque hominis consistit, libertatem, ciuitatem, & familiam, vt Paulus scribit in *l.vlt.hoc tit.* Si ergo amittamus quod minimum est, puta familiam minima erit capitis deminutio. Si quod maximum est, id est libertatem erit capitis deminutio maxima. Nec enim potest amitti libertas quin multò magis & familia & ciuitas amittantur. Si denique quod est medium, id est ciuitatem quæ medium quiddam est inter familiam & libertatem, media capitis deminutio dicetur. Familia ad statum cuiusque ciuis & priuati hominis pertinet qua parte priuatus est, id est hic vel ille ciuis. Ciuitas verò qua parte ciuis, Libertas denique qua parte homo est. Nec quicquā possis fingere pertinens ad statum ciuis romani, quod non ad vnum ex his tribus referatur. Nam is cuius existimatio minuitur non mutat statum, ideóque nec capite minui dicitur, vt ex sequentibus apparebit.

l. vlt. eod.

ILLATIO II.

De modis quibus incurritur maxima capitis diminutio.

SEcundò ex eodē Princ. fit, vt siue quis seruus pœnæ effectus sit atrocitate sentētię, cui iustā tamē causam dederit enormitas delicti super quo pronūciatum est (res enim iudicata pro veritate habetur) siue quis cùm fuisset manumissus reuocatus sit in seruitutem ex causa ingratitudinis erga patronum admissæ, siue denique ex libero seruum seipsum fecerit patiendo se venundari

tanquam

tanquam seruum dolo malo ad precium participandum, Non possit dubitari quin his omnibus casibus maxima capitis deminutio incurratur, cùm libertas amittatur, & consequenter vt præcedente illatione diximus, & ciuitas & familia *§.1.hoc tit.l.sunt quidam* 17.*l.capitalium* 28.D.*de pœn.l*.2.C. *de libert.& cor. liber.* etsi hodie desierunt huiusmodi pœnæ in vsu esse partim ex Nouella Iustiniani constitutione 22.De *nupt. cap*. 8. vbi prohibet Iustinianus ne quis benè natus id est ingenuus ex supplicio fiat seruus, Partim ex Leonis *Nouell*.59.quæ induxit ne homini cuiquam libero, se vendere permittatur. Quid ergo si liber homo & ciuis romanus ab hostibus capiatur? Fit quidem reuera seruus hostiū vt docuimus ad *tit. Quib.mod.ius patr.potest.soluit.* sed non idcirco capite minutus intelligitur, quia siue apud hostes moritur, in ciuitate defunctus intelligetur per fictionem legis Corneliæ, siue in ciuitatem redibit, semper in ciuitate fuisse retrofingetur postliminii potestate §. *si ab hostibus supr.ill.tit. quib.mod. ius patr.potest.soluit.& tot.tit. D.& C.de captiu.& postlim.* idcóque & testamentum eius valet *l.si quis* 6.*§.penult. de iniust. rupt.* scilicèt tanquam alterutra actione confirmatum vt ea lex ait. Sunt enim ambæ illæ fictiones ex iure ciuili ex quo etiam est quælibet capitis deminutio quam sanè nec naturale, nec gentium ius vllam agnoscit, cùm iure naturali nulli sint serui, iure verò gentium serui perinde sint homines & caput habere intelligantur atque ij qui sunt liberi.

§.1.hoc tit.l. sunt quidā 17.l.capitalium 20 D. de pœn. l. 2. C.de libert. & cor.liber. Nouell 22. De nupt. cap.8. Leonis Nouell.59.

l.si quis 6 §. pen.D.de iniust.rupt.

ILLATIO III.

De aqua & ignis interdictione, ac deportatione.

TErtiò ex eodem Principio fit, vt is cui aqua & igni interdicitur, mediam quam & minorem vocant capitis diminutionem patiatur, cùm ciuitatem amittat, libertatem quamuis retineat *§.minor hoc tit.l.amissione* 5.*in princip. D. eod.* Idémque est si quis in insulam deportatus sit postquàm deportatio successit in locum veteris interdictionis aquæ & ignis *l.2.§.1.l.sunt quidam* 17.*§.1.D. de pœn.l.inter pœnas* 6.*§.1.D.de interd.& releg.l.1.§.hi quibus De legat.3.* vbi ob hanc causam vocantur isti ἀπόλιδες, id est extorres & sine ciuitate. Quod tamē ita accipiendum est vt is demùm pro deportato in insulam haberi debeat cui Princeps insulam adnotauit, vel de quo deportando scripsit. Nam licèt sententia præsidis de aliquo deportando interuenerit, si tamen priùs ille decesserit, quàm factum præsidis Princeps comprobauerit, nondum is amisisse ciuitatem videtur. Proinde si ante decessisset, ciuis decessisse videretur & fideicommissum valeret, quod idem ille siue ante siue post sententiam reliquisset dummodo ante Principis comprobationem, quia certum statum ciuis romani nec immutatum vsque adhuc habuisse intelligitur, vt scribit Vlpianus in *d.l.1.§.de portatos de leg.3.* Quò etiam pertinet quod idem Vlpianus ait in *l.si quis filio 6. §.eius qui* D.*de iniust.rupt.* eius qui deportatur non statim irritum fieri testamentum sed cùm Princeps comprobauerit. Tunc enim, inquit, & capite minuitur. In quo differt minor ista & media capitis diminutio ab ea quæ est maxima, id est quæ adimit libertatem. Nam si quis fuerit capite damnatus, vel ad bestias, vel ad gladium, vel alia pœna quæ vitam adimit, testamentum eius irritum fit, nec tunc tantùm cùm consumptus est, sed ex quo die sententiam passus fuit: cùm ex illo tempore seruus pœnæ efficiatur, Nisi fortè fuit miles

§.minor hoc tit.l.amissione 5. in pr. D. eod. l. 2. §. 1. l. sunt quidam 17. §.1.de pœn. l. inter pœnas 6.§.1.de interd.& releg.l.1. §. hi quibus de leg.3.

d.l.1.§. deportatos De legat.3.

l.si quis filio 6.§.eius qui D.de iniust. rupt.

ex militari delicto damnatus: Cui ex Diui Hadriani rescripto permissum est testari iure militari *dict.l.si quis §.sed etsi quis.* Quod tamen mirum videtur, Vt scilicet præses prouinciæ qui merum in prouincia sua imperium habet, ac ius gladij in facinorosos homines ad vitam iis adimendam inconsulto quoque Principe deportare tamen non possit in insulam, quod multò minùs est, nisi Cæsare permittente, Cùm dici soleat, cui licet quod plus est multò magis debere quod minus est licere. *l.non debet cui* 21. *De regul.iur.* Præsertim cùm eã potestatem habeat præfectus vrb. *d.l.inter* 6.§.1. cuius tamen vt & cæterorum omnium magistratuum, qui in vrbe sunt partes gerit præses in prouincia *l* 4.*l. ex omnibus* 10. *cum seqq.D.de offic.præsid.* Duplex tamen eius iuris ratio videtur adferri posse, Vna propter periculum quod sibi & reipublicæ possunt Principes timere à deportatis tanquam ab hostibus in custodia quidem, sed libera constitutis, (qui enim deportati sunt in certam insulam nullo alio vinculo tenentur, quàm metu pœnæ capitis in quam commutanda erit pœna deportationis si quid illi facient contra sententiam & interdictionem *l.relegati* 4. *D. de pœn.*) Altera quòd cum ciuitati honorem habere Imperatores voluerint vt præsidibus suis qui non populi romani, sed Cæsaris magistratus sunt, noluerint datam adimendæ ciuitatis potestatem, quam tamen non solùm præfectus vrbi in vrbe, sed etiam Proconsules in prouincijs quia populi romani magistratus erant, sine dubio habuerunt vt scripsimus ad *Tr.4.tit.quib.mod.ius patr.potest.solut.* At cum eo quod dicimus esse hanc minorem & mediam capitis diminutionem pugnare videtur quod scribit Callistratus in *l.penult.* D. *de var. & extraord.cognit.in §.vlt.* Consumi existimationem quoties magna capitis diminutio interuenit, id est inquit, cùm libertas adimitur, veluti cùm *aqua & igni* interdicitur quod in persona deportatorũ euenit (lego enim *quod* pro *quæ* sicuti contrario errore scriptum est *quod* pro *quæ* in *l.3. D. de iurisdict.* vt docuimus *lib.5.Coniect.*) vel cùm plebeius metalli vel in metallum datur. Quibus verbis apparet Callistratum nullam inter deportationem & alias pœnas, quæ libertatem adimunt constituere differentiam, nec dubitare quin per deportationem etiam libertas adimatur. Qua de causa putarũt quidam corruptum esse locum & pro *magna* legendum *media* in illis verbis *quoties magna capitis diminutio interuenit.* Quam tamen emendationem non patitur quod statim sequitur, *id est cùm libertas adimitur,* quod exemplum non potest accommodari mediæ capitis diminutioni. Quænam enim erit magna si media illa est per quam libertas adimitur? Sed iidem hoc quoque emendant & pro *id est* legunt *idem est,* Omnino insulsè nisi totam illam clausulam *id est cùm libertas adimitur,* parenthesi concludant, vt quod sequitur *veluti cùm aqua & igni interdicitur* possit referri ad illa præcedentia in quibus volunt illi actum esse de media capitis diminutione. Subtilius est, sed non verius quod docuit Iacobus Cuiacius, duplicem esse libertatem, vnam iuris gentium, alteram iuris Quiritium, Priorem quidem non amitti per deportationem, sed amitti posteriorem & de ea intelligendum esse Callistratum, quia libertas iuris Quiritium non sit quid differẽs ab ipsa ciuitate romana: quæ cùm amittatur per deportationem, libertatem quoque iure Quiritium amitti necesse est redacto ciue romano ad peregrinitatem, atque ita effecto non minùs incapace omnium eorum quæ sunt iuris ciuilis quàm si libertatem iuris gentium amisisset cùm perinde verum sit desinere illum habere caput in ciuitate: Vnde est quod plerisque iuris locis morti depor-

d.l.si quis §. sed etsi quis.

l.pen.§.vlt. D.de var. & extr.cognit.

Emendatus Callistratus.

Etiam deportatio morti comparatur.

deportatio comparatur *l.Gallus* 29.*§.& quid si tantum* De *liber.& posthum. l.1. §.pen.* D.*de bonor.poss.contr.tab.l.4.§.si deportatus* D.*de bon.libert.*iunct. *l.sed si hac lege* 10 *§.sed si per pœnam* D.*de in ius vocand.l.1.C.de her.instit.* Verùm planè commentitia est distinctio ista libertatis,nec vllo iuris loco probari potest. Probabilius erit meo iudicio,si dicamus Callistratum in *d.l.pen.* qui locus has difficultates solus parit,non loqui de maxima capitis diminutione,sed de magna: quo nomine tam media & quæ minor, quàm quæ maxima significatur: Cùm magnæ non aliam possis opponere quàm quæ parua sit, Cuius appellatione conuenientius est vt minima,quàm vt media significetur. Hoc verò admisso,quod negari non potest apparet id agere,Callistratum vt adferat exempla magnæ capitis diminutionis nec minùs quatenus ea maxima, quàm quatenus media est. Ideò incipit ab exemplo quod ad solam capitis diminutionẽ maximam pertinet *id est*,inquit,*cum libertas adimitur*.Quod ergo sequitur *veluti cùm aqua & igni interdicitur*,non exemplum est eius capitis deminutionis per quam libertas adimatur,vt vulgo nostri sentiunt,sed aliud exemplum magnæ capitis diminutionis per quam existimatio consumatur. Nam & quod subiicitur *vel cùm plebeius in opus metalli,vel in metallum datur*,non secundum exemplum est eius capitis diminutionis per quam libertas amittatur, sed tertium magnæ capitis deminutionis quæ consumat existimationem. Perinde igitur est acsi scripsisset Callistratus in secundo exemplo *vel cùm aqua & igni interdicitur*.quemadmodum in addendo tertio exemplo scribit *vel cùm plebeius*.Quid enim refert an scriptum sit *vel* an *veluti* ad ponendum exemplum? Id solùm mirari quis possit, Cur maximam capitis deminutionem à media non separet Callistratus,sed vtramque iungat cùm vtramque vocat magnam. Sed facilis responsio est ita factum à Callistrato quoniam tractabat de consumptione existimationis,Nihil autem interest ad consumendam existimationem,vtrum quis maximam capitis minutionem, an verò mediam patiatur: cùm nulla possit esse in ciuitate existimatio illius, qui ne quidem caput in ciuitate habere intelligitur.Aliud igitur est si tractemus de amissione libertatis aut ciuitatis,quoniam sunt ista longè differentia, nec confundi vnquam debent.Et ita mihi omnino videtur:Reliqua quæ de deportatione dici possent, petenda sunt ex iis quæ scripsimus ad *Princ.2.3.4.& 5.supr.quib.mod. ius patr. potest.solutt.*

Interpretatio Callistrati.

ILLATIO IV.

De minima capitis diminutione quæ per familiæ mutationem contingit.

QVartò ex eodem Principio fit, vt tum quoque cùm salua libertate & ciuitate familiam quis mutat,capite minui dicatur, quia hoc quoque casu status hominis commutatur qui in familia etiam consistit *dict. l. vltim.D.hoc tit.§.minima eod.*vbi dicitur minimam esse hanc capitis deminutionem,quoniam ex tribus illis quæ ciues omnes habent,libertatem, ciuitatem, & familiam,postremum hoc minimum est, si cum cæteris conferatur. Contingit autem hæc minima capitis diminutio in his qui cùm sui iuris fuerint, cœperunt alieno iuri subiecti esse scilicet per adrogationem, vel contrà si quis ex filiofamilias factus sit sui iuris per emancipationem.

*l.vlt.*D.*hoc tit.§ minima eod.*

Qui enim adrogatur cùm antea esset sui iuris propriámque haberet familiam amittit eam per adrogationem,transitque in nouam familiam eius à quo adrogatur:Qui verò emancipatur,amittit familiam paternam licèt nouam ipse constituat à paterna penitus distinctam,& in qua ideò patri extraneus esse intelligitur *l.quin etiam* 55.*in fin.*D.*de rit.nupt.*Quid ergo si filiusfamilias in adoptionem datus sit à patre? Nullam ille propriam familiam nanciscitur, sed non eo minùs amittit paternam,eámque commutat in familiam patris adoptiui, ob ídque etiam capite minui dicitur, licèt familia patris adoptiui nobilior sit & opulentior quàm fuisset familia patris naturalis. Nec enim familia mutari potest quin persona ipsa quæ mutat familiam,alia facta esse videatur status mutatione,in emancipato tamen manifestior est ratio quæ inducit capitis diminutionem. Illa nempe,quod emancipari nemo possit nisi prius in imaginariam seruilem causam deductus,propter imaginarias illas tres venditiones quas fieri necesse erat vt filius patria potestate liberaretur. Adeò potens erat vinculum ius patriæ potestatis & indissolubile,ita facientibus verbis legis duodecim tabularum,vt nō aliter posset filiusfamilias liberari patria potestate viuo patre quàm si ter à patre venundatus esset,Quasi non alius pater esset indignus cui leges conseruarent ius potestatis quàm qui filium suum tam malè tractasset, vt eum ter vendidisset.*l.*3.*§.vlt.D.hoc tit.l.vlt.*C.*de emancip. liber.* vbi has sollennitates tollens Iustinianus vocat hanc vanam obseruationem, & venditiones istas figuratas,& circumductiones inextricabiles, & iniuria rhabismata quorū nullus rationabilis exitus inuenitur.Eadémque ratio in filiofamilias adoptato locum habet si iuris veteris ratio inspiciatur, cùm non fierent olim adoptiones nisi per tres emācipationes, & duas manumissiones in filiis aut per vnam emancipationem in cæteris liberis *l.vl.*C.*de adopt.*Sed de adrogato non idem dici potest,cùm patrisfamilias adrogatio fieret solo imperio magistratus aut populi romani aut etiam Principis *l.*2.*D.eod.*nec proinde emancipationes vllæ,aut manumissiones in eam rem interueniebant. An igitur nullam capitis deminutionem adrogatum pati dicendum erit? At Iustinianus noster repugnat in hoc tit.itémque Vlpianus in *l.*2.D.*eod.*vbi postquàm præfatus est edictum illud *De capite minutis*, ad eas tantùm capitis deminutiones pertinere quæ salua ciuitate contingunt,subinde tractat de eo qui fit adrogatus, itémque de eo,qui debitorem suum adrogauit,Nō alia vtique ratione quàm quòd minima capitis deminutio interueniat in adrogatione,Alioqui dicendum esset nec per emancipationem nec per adoptionem hodie vllam capitis deminutionem contingere,siquidem sublatæ sunt vt diximus imaginariæ omnes illæ venditiones,*d.l.vlt.*Et tamen non ita est. Aequè enim hodie ac olim capite minuitur quisquis emancipatur, aut adrogatur, quia semper illud verum est mutari ab eo familiam & consequenter amitti eam quam habebat: qui autem in alia familia est is alius homo esse videtur non minùs quàm si esset in alia ciuitate,priore amissa,quod vnum inspiciendum est scilicet an familia mutata sit necne cùm quæritur de capitis minutione, vt ex eo apparet quod liberi quoque qui adrogatum patrem sequuntur minui capite dicuntur, cùm & ipsi familiam mutent *l.*2.*D.hoc tit.*licèt ipsi tamen non emancipentur, immò nec adrogentur. Nec aliud respondendum putarem etiam iure codicis de filiofamilias dato in adoptionem extraneo adoptatori. Etsi enim placuit eidem Iustiniano vt qui datur in adoptionem hodie non amittat iura familiæ patris sui naturalis

l.quinetiam 55.in fin.D. de rit.nupt.

l.3.§.vl.D. hoc tit.l.vl. C.de emancip.liber.

l.vlt.C.de adopt.

l.2.D.eod.

l.2.D.hoc tit.

l.pen.C.de adopt.

naturalis, sed pristina omnia quæ in ea ante adoptionem habuit, retineat, & præterà sibi acquirat iura succedendi patri adoptiuo ab intestato dum ne contra testamentum in *l.penult.C.eod.tit.De adopt.* Nemo autem capite minutus dici potest ob id solùm quòd familiam acquisierit nouam, sed ob id vnũ quòd veterem amiserit, Negari tamen non potest quin hic amittat suitatem & exeat de potestate patris naturalis fiátque filiusfamilias patris adoptiui, Quod sufficit ad inducendam illam status mutationem ex qua capitis diminutio minima æstimatur. Vno sanè casu qui in adoptionem à patre datur amittit omnino familiam paternam, Nimirum si in adoptionem datus sit auo naturali vt pluribus à nobis traditum & explicatum est ad *tit.De adopt.ex d.l.penult.*

ILLATIO V.

De seruo manumisso.

QVintò ex eodem Principio fit, vt si seruus manumittatur, non ideò capite minui dicatur, quippe qui nullum antea caput in ciuitate habuit *§.seruus autem hoc tit.d.l.3.§.vlt.* iunct. *l.seq.D.eod.* vbi additur, seruum hunc qui manumittitur incipere statum habere eo ipso die quo iam manumissus reperitur nullum ergo statum mutare potuit. Nam & prius est vt incipiat quis statum aliquem habere quàm vt eum mutet *l.si in diem* 46. *l.Titio vsusfructus* 96. *D. de condic. & demonstr.* Pendet enim hoc ex Principio illo philosophorum à prudentibus nostris adprobato, Priuationem præsupponere habitum *vulg. l.* 4.*D.de iust.& iur.* Et verò si status hominis cuiuslibet in his tribus cõsistit quæ supra retulimus libertate, ciuitate, & familia, quid certius est quàm seruum neque libertatem habere neque ciuitatem, neque familiam? Habentur namque pro mortuis quod ad ius ciuile attinet *l.quod attinet* 32.*De regul.iur.* aut si pro viuis habeantur, hactenus habentur vt quadrupedibus æquiparentur *l.2.D.ad leg.Aquil.* Imò nec iure prætorio computantur adeóque nec extra ordinem *l. nullomodo* 7, D.*ad leg.Cornel.de fals.* Eadem ratione possim dicere deportatum si quid faciat propter quod grauiùs condemnari debeat, & fieri seruus pœnæ, puta si locis interdictis non abstinuerit iuxta *l.relegati* 4.D.*de pæn.* non ideò minutum iri capite quod iam nullum habet in ciuitate cùm ciuis esse desierit. Etsi enim adhuc habet aliquid quod possit amittere, nullum tamen caput habet, quod possit minui, quandoquidem capitis deminutio quælibet est ex iure ciuili, cuius omnino incapaces sunt & actiuè & passiuè quotquot non sunt ciues.

§.seruus autem hoc tit. l.3.§.vlt.D. eod.

l.relegati 4. D.de pæn.

ILLATIO VI.

De mutatione dignitatis.

SExtò ex eodem Principio fit, vt quibus dignitas magis quàm status permutatur, ij capite non minuantur, adeò vt constet eũ quoque quia Senatu motus est, capite minutum dici non posse *§.quibus autem hoc tit.l.3.*D. *de Senator.* Nam neque familiam amittit, neque libertatem, at neque ciuitatem, cùm Romæ morari possit *d.l.3.* Minuit tamen ea res existimationẽ, Nã cùm existimatio nihil aliud sit, quàm dignitatis illæsæ status legibus ac moribus cõprobatus qui ex delicto nostro autoritate legũ aut minuitur aut cõsumitur vt Callistra-

§.quibus autem hoc tit. l.3. D.de Senat.

l pen. §. 1. D. de var. & extr. cognit.

tus definit in *l. pen. §. 1. D. de var. & extr. cogn.* dubitari non potest quin minuatur existimatio quoties manente libertate adeóque ciuitate circa statũ dignitatis pœna plectimur, sicuti cùm relegatur quis, vel cũ ordine mouetur, vel cũ prohibetur muneribus publicis fungi & honoribus, vel cùm plebeius fustibus cæditur, vel in opus publicum datur, vel cùm in eam causam quis incidit quæ edicto perpetuo inter infamiæ causas enumeratur *d. l. pen. §. minuitur.* Ex quo loco apparet quidẽ esse statum aliquem dignitatis, Vnde possit fortasse quis inferre si capitis minutio nihil nisi status mutatio est, esse hãc quoque capitis diminutionem. Sed cùm non sit status capitis, non potest ea mutatio vllam inducere capitis diminutionem. Statum enim capitis non dignitatis esse oportet eum qui mutatur vt capitis deminutio inducatur. Alia non capitis sed dignitatis deminutio est.

ILLATIO VII.

De necessitate & ratione edicti prætorij, De capite minutis.

Tit. D. de cap. minut.

SEptimò ex eodem Princio fit, vt necessarium fuerit prætoris edictum, De capite minutis inter cætera capita edicti, De in integrum restitutionibus, Nimirum ad restituendam creditori actionem in eum qui per capitis minutionem alius quidã factus esse intelligitur, cùm eã res perimat ipso iure actionem & obligationem qua minutus capite antea tenebatur. Qui enim contraxit cũ Q. Tullio Cicerone si à patre M. Tullio filius detur in adoptionem Catoni, vel emancipetur non potest amplius dicere obligatum se habere Quintũ Tullium Ciceronem, qui iam est Cato aut paterfamilias propriam habens familiã à Ciceronum familia penitus distinctam. Idémque multò magis obtinet *si is*, qui erat sui iuris vltrò dederit se adrogandum. Alius enim homo est qui nunc filiusfamilias reperitur cùm tempore contractus paterfamilias esset. At quoniam ratio hæc sola iuris ciuilis subtilitate nititur, cùm re vera eadem persona post capitis deminutionem sit, quæ ante fuerat obligata, æquissimè prætor prouidit vt ex eo edicto restituatur actio pristina creditori, nec recusare possit qui capite minutus est quominùs eam suscipiat siue ex patrefamilias filiusfamilias, siue ex filiofamilias paterfamilias factus reperiatur, ne alioqui deterior fiat cõdicio creditoris ex alieno facto *l. 1. D. de alien. iud. mut. caus. fact.* Idcóque bene monet Vlp. in *l. 2. ill. tit.* pertinere hoc edictum ad eas capitis deminutiones quæ salua ciuitate contingunt. Nam siue libertatis siue ciuitatis amissione contingat capitis deminutio, cessabit edictum, cùm neque possint hi penitus conueniri: id est non magis prætoria quàm ciuili, nec magis noua quàm vetere & pristina actione, *l. tutelas 7. §. pen. eod.* Neque enim cum seruo vlla actio esse potest, *l. cum seruo 107. De regul. iur.* nec rursus cum deportato, cùm actiones omnes sint iuris ciuilis, ac proinde tales quæ nec exerceri possunt nec suscipi ab eo qui incapax est, omnium quæ sunt iuris ciuilis. Quamuis placeat eum qui ciuitatem amisit si bona detineat vtilibus actionibus teneri *l. relegatus 14. §. vlt. D. de interd. & releg.* quæ vtiles actiones cùm descendant ex æquitate non possunt habere locum aduersus deportatum, si cum ciuitate bona amiserit. Quænam enim restitutionis æquitas esse potest aduersus eum qui amissis bonis & ciuitate relicta nudus exulat? *l. tutelas 7. §. vlt. hoc tit.* De quo scripsimus ad *Princip. 3. illat. 4. tit. Quib. mod. ius patr. potest. soluit.* An ergo debiti iacturam patientur, qui cum deportato ante suspicionem nedum irrogationem pœnæ bona fide

l. 2. D. hoc tit.

l. relegatus 14. §. vlt. D. de interd. & releg.

l. tutelas 7. §. vlt. D. hoc tit.

fide contraxerāt? Minimè, sed dabitur actio nempe vtilis in eos ad quos bona peruenerunt. *d. l. 2. in princip. hoc tit.* Scilicet ex eiusmodi confiscatione, & publicatione, quæ regulariter sequitur deportationem, aut eam potiùs concomitatur. *d. l. relegatus 14. §. magna.* Edicti autem verba bene concepta sunt vt appareat non aliam proponendi eius causam fuisse, quàm quæ à nobis allata fuit. Sic enim se habent. *Qui quæve posteaquàm quid cum his actum contractúmve sit, capite diminuti diminutæve esse dicentur, in eos, eásve perinde acsi id factum non sit iudicium dabo. d. l. 2. §. 1.* vbi addit Vlpianus, Eos, qui capite minuuntur, ex his causis quæ capitis diminutionem præcesserunt manere obligatos naturaliter non ciuiliter. Si manerent obligati ciuiliter nullo esset opus edicto, si verò nec naturaliter obligati manerent vix vlla esset causa iis succurrendi, siquidem naturalis obligatio solius æquitatis naturalis vinculo sustinetur *l. Stichum aut Pamphilum 95. §. naturalis De solut.* Prætoria verò æquitas, non aliud fundamentum habet, quàm æquitatem illam naturalem, temperamentum nimij nimisque asperi iuris, ideò autem remanet etiam post capitis deminutionem naturalis obligatio, quòd ea ex facto & rei naturæque veritate æstimatur, magis quàm ex iure *d. §. naturalis & l. nec seruus 41. D. de pecul.* capitis autem deminutio cùm sit inuentum iuris ciuilis non potest facere vt quandiu reuera viuit ea persona quæ capitis minutionem passa est, non sit eadem illa quæ fuit antea. Nam quod alius homo esse creditur qui ex alia familia est, fictio & mendacium est, cui causam illud præbet quod legislator ciuilis suorum ciuium capita recenset atque æstimat ex familiis, & pro familiarum diuersitate alios atque alios facit. Quod tamen sequitur apud Vlpianum in *dict. l. 2. §. hi qui hoc titul. cæterùm si postea, imputare quis sibi debebit, cur contraxerit, quantum ad verba huius edicti pertinet, sed interdum si contrahatur cum his post capitis deminutionem danda est actio,* hoc inquam non possum ego intelligere. Quid enim est quod possis imputare illi, qui contrahit post capitis deminutionem? Nam neque vllo indiget edicto vt actionem aliquam vel acquirere sibi possit vel quam acquisiit conseruare quoties contraxit cum eo qui iam emancipatus erat vel adoptatus. Siquidem possunt isti vtique obligari, nec tantùm naturaliter, sed etiam ciuiliter & efficaciter, Emancipatus quidem faciliùs quàm anteà, cùm sit paterfamilias & sui iuris. Adoptatus verò æquè facilè cùm sit perinde filiusfamilias atque fuerat ante adoptionem, & consequenter talis qui possit & obligari & conueniri *l. tam ex contractibus 57. D. de iudic. l. si quis cum filiofamilias 44. D. de pecul.* Et ob id nimirum prætor non proposuit edictum nisi pro iis obligationibus, quæ essent contractæ ante capitis diminutionem, vt ex supradictis edicti verbis apparet, vt scilicet eas actiones & obligationes restitueret quæ nimia iuris subtilitate per capitis deminutionem intercidisse videbantur: quod non similiter dici poterat de obligationibus postea contractus nisi fortè quis diceret intercidisse illas priusquàm esse cœpissent, quod esset absurdum. *l. si in diem 46. l. Titio vsusfructus 96. De condic. & demonstr.* Itaque quod lex ait *quantum ad verba edicti pertinet*, commodum sensum habere nullum potest. Quasi verò possit dici deficientibus verbis edicti sententiam tamen prætoris ad eas quoque obligationes quæ postea contractæ sunt pertinere, Et quod additur

d. l. 2. §. 1. hoc tit.

l. Stichū 95. § naturalis D. de solut.

d l. 2. §. hi qui D. hoc tit.

l. tam ex cō tractib. 57. D. de iudic. l. si quis cum filiofamilias 42. D. de pecul.

sed interdum si contrahatur cum his post capitis deminutionem danda est actio magis ridiculum est. Non enim interdum sed semper id accidit vt contra eum qui capite minutus est danda sit actio ex contractu inito post capitis deminutionem, si nihil aliud sit quod impediat actionem. Denique quod sequitur *& quidem si adrogatus sit nullus labor, Nam perinde obligabitur vt filiusfamilias*, præter id quod parum eleganter dictum est, ineptum etiam videtur. Quasi verò is qui adrogatus est non sit filiusfamilias. Est ergo tota illa clausula Triboniani meo iudicio potiùs quàm Vlpiani, vt scripsi in Rationalibus ad illum locum.

Tribonianismus apud Vlpianum.

ILLATIO VIII.

De *filiofamilias facto sui iuris per mortem patris.*

OCtauò ex eodem Principio fit, vt si filiusfamilias fiat sui iuris per mortem aut deportationem patris non ideò tamen capite minui intelligatur *l.* 3. §. *vlt.* D. *de SC. Macedon.* quia scilicet neque libertatem amittit, neque ciuitatem, neque familiam, cùm retineat ea omnia, quæ habuit viuo patre, maximè verò familiam *l. in suis* 11. D. *de liber. & posthum.* Proinde non mutat statum, qui in his tribus consistit, sed potiùs condicionem. Capitis autem deminutio non condicionis, sed status mutatio est.

l. 3 § vlt. D. de SC. Maced.

ILLATIO IX.

De *edicto* De *capit. minut. An hodie locum habeat.*

NOnò ex eodem Principio fit, vt etiã hodie perinde atque olim capitis deminutio contingat per emancipationem, perindéque sit necessarium edictum De capite minutis eis qui contraxerant cum filiofamilias priùs quàm emanciparetur, quia licèt sublatæ sint imaginariæ illæ mancipationes quæ filium in imaginariam seruilem causam deducebant, illud tamen verum semper est, emancipatum amittere familiam paternam & nancisci nouam. Ex quo solo capitis deminutio æstimatur, Nec quod emancipatis salua sunt iura successionis etiam legitimæ ex Iustiniani *Nouell.* 118. *De hered. ab intest. venient.* ad rem facit. Etsi enim sustulit Iustinianus differentiãm suitatis & emancipationis quantum ad causam succedendi siue ex testamento siue ab intestato (nam & emancipati hodie institui necessariò debent vel exheredari quemadmodum sui heredes alioqui testamentum ipso iure est nullum *Nouell.* 115. *Vt cùm de appell. cognosc. §. aliud quoque capitulum.*) non tamen vsque adeò confusa sint & nomina & iura emancipatorum ac suorum heredum, vt non sit verum etiam hodie desiisse suum heredem esse filium qui fuit emancipatus & desiisse filiumfamilias esse, quamuis filius esse non desinat. Quamquam in hoc ipso fatendum est multum de iure vetere per Iustiniani constitutiones fuisse immutatum, Ius enim vetus nullos agnoscebat filios nisi qui essent filiifamilias, vt nec patres nisi qui essent patresfamilias, indéque est quod Iurisc. in *l. nam ciuiũ* 4. D. *de his qui sui vel alien. iur. sunt*, summam illam ciuium diuisionem facit vt alij patresfamilias sint, alij filijfamilias, aliæ matresfamilias, aliæ filiæfamilias. Iustinianus verò voluit filios emancipatos licet desinant esse filijfamilias tamen non desinere filios esse, eadémque in succedendo iura habere quæ haberent etiamsi

Imaginariæ mancipationes hodie sublatæ.

Nouell. 118. De hered. ab intest. venient.

l. nam ciuiũ 4. D. de his qui sunt sui vel alien. iur.

etiamsi in patris potestate mansissent. Sed non ideò possit hodie defendere filiosfamilias cùm emancipantur nihil omnino amittere, cùm exeant de patris naturalis potestate, ideóque amittant suitatem, nec retineant paternam familiam nisi quantum ad ius succedendi ab intestato. Scripsimus in Rationalibus. Perinde ergo necessarius hodie vsus erit, nec minor necessitas edicti *De capite minutis*. Maximè verò propter eos qui à patre dantur in adoptionem auo materno, & præterea propter adrogationes. Nam & hodie siquis adrogetur, amittit sanè pristinam familiam suam eámque transfert in domum adrogatoris sui *l. qui ex liberis 11. §. testamento D. de bonor. poss. secund. tabul.* Igitur qui contraxit cum adrogato ante adrogationem indiget auxilio prætoris & edicti, vt aduersus adrogatū qui nunc filiusfamilias est actio pristina ei restituatur quam per adrogationem amisit, quemadmodum & olim, Excepto casu illo singulari quem Vlpianus ponit in *d. l. 2. § ei qui debitorem D. hoc tit.* id est si quis debitorem suum non adrogauerit. Huic enim nòn restituitur actio in adrogatū, non solùm quandiu adrogatio durat (tunc enim alia ratio impedit restitutionem, scilicet quod inter patrem & filium qui est in potestate lis nulla esse possit nisi ex castrensi peculio *l. lis nulla 4. D. de iudic. l. ne cum filiofamilias 16. D. de furt.*) sec nec si adrogatus ille iterum sui iuris fiat. Nam cùm ratio edicti qua motus fuit prætor vt actionem restitueret quæ fuerat extincta per capitis deminutionem non alia sit quàm quòd iniquum sit alieno facto deteriorem fieri condicionem creditoris cui nihil potest imputari *l. 1. D. de alien. iudic. mut. caus. fact.* apparet rationem hanc æquitatis cessare in adrogatore, qui debitorem suum adrogando vltrò propriam suo & proprio facto amisit actionem.

l. qui ex liberis 11. §. testamento de bon poss. secund. tab. l. 2. §. ei qui debitorem D. hoc tit.

ILLATIO X.

De iis quæ sunt iuris publici non amittendis per minimam capitis diminutionem.

DEcimò ex eodem Principio fit, vt quemadmodum is qui & libertatem & ciuitatem amittit, ea quoq; perdit omnia quæ sunt iuris ciuilis, & quæ ad ius ciutatis pertinent, Ita dicendum sit per eam capitis diminutionem quæ salua ciuitate accidit, publica iura non interuerti. Certum enim est eum qui capite minuitur minima capitis deminutione, manere magistratū, Senatorem, Iudicem denique & cætera officia quæ publica sunt in eo non finiri *l. amissione 5. §. vlt. cum l. seq. D. hoc tit.* vbi ratio redditur quod hæc minima capitis deminutio priuata duntaxat hominis & familiæ eius iura non ciuitatis amittat, Ne alioquin eueniat, vt latiùs pateat effectus quàm causa.

l. amissione 5. §. vl. cum l. seq. D. eo.

ILLATIO XI.

De capitis diminutione contingente ijs qui deficiunt.

VNdecimò ex eodem Principio fit, vt etiam ij qui deficiunt capite minui dicantur *l. amissione 5. §. 1. D. hoc tit.* vbi Paulus explicat deficere illos qui ab his sub quorum imperio sunt desistunt, & in hostium numerum se conferunt. Sed & hi, inquit, quos Senatus hostes iudicauit lege lata, Vtrique (sic enim lego non *vtique* vt vulgo) id est tam qui deficiunt quàm quos Senatus hostes iudicauit, vsque eo vt & ciuitatem amittant, quæ media capitis deminutio est.

d l. amissiones §. 1.

Adeò autem hoc verum est eos qui deficiunt pati capitis deminutionem, vt neque postliminio reuerti possint, nec si adhuc viuum habeant patrem in cuius erant potestate (quo casu videbatur facilius eis concedendum ius postliminij ex persona patris) quia pater non minùs illos amisit, quàm patria, & quia disciplina castrorum antiquior fuit parentibus romanis quàm charitas liberorum, vt idem Paulus ait eleganter in *l. postliminium* 19. § *filius* D. *de capt. & postlim.*

l. postliminium §. filius D. de captiu. & postlim.

PRINCIPIVM II.

De non facienda deteriore cuiusquam condicione ex facto alterius.

l. 1. D de aliena. iudic. mut. caus.

N*Vmquam ex alieno facto debet fieri deterior condicio eius cui nihil potest imputari l. 1. D. de alienat. iudic. mut. caus. fact.* vbi Caius scribens ad edictum prouinciale, monet omnibus modis id agere Proconsulem in prouincia quod & prætor agit in vrbe, ne cuius deterior causa fiat ex alieno facto. Cui Principio respondet vulgata illa iuris regula, Non debere alteri per alterum iniquam condicionem inferri *l. non debet alteri* 74. *De regul iur.* Item illa, Id quod nostrum est sine facto nostro nobis auferri non posse *l. id quod nostrum* 11. *eod. cum similib.*

l. non debet alteri 74. l. id quod nostrum 11. De regul. iur.

ILLATIO I.

Ratio edicti prætorij De capite minutis.

Restitutio in integrum ex edicto De capit. minut.

EX hoc Principio pendet tota ratio huius edicti De capite minutis, Nam cùm nihil aliud eo agat prætor nisi vt creditori actionem pristinam restituat quæ ipso iure intercideral per minimam capitis deminutionem, ob idque positus sit ille titulus in Pandectis inter cæteras partes edicti De restitutionibus in integrum, Constat non alia ratione moueri potuisse prætorem ad indulgendam eiusmodi restitutionem, quàm quòd durum & iniquum esset alieno facto amitti eam, ipsiúsque commodum eripi creditori, cuius neque factum, neque culpa vlla interuenerit. Nam neque posset prohibere creditor etiamsi maximè vellet ne filium debitorem pater emanciparet, aut in adoptionem daret, néve paterfamilias debitor præberet se adrogandum, atque ita filiusfamilias efficeretur. Quod ergo creditor prohibere non potest ne inuito se fiat, cur ipsi nocebit? Est enim alia generalis propositio & quæ vix vllam patitur exceptionem, Neminem lædi debere ex alieno actu etiam quem sciuerit si contradicere non potuit aut contradicendo impedire *l. Caius Seius* 39. vbi nostri notant D. *de pignor. action.* Indéque est, quòd si quo casu imputari aliquid potest ei qui per capitis deminutionem debitoris sui actionem suã amisit, nulla ei concedenda est restitutio quasi deficiente causa & æquitate edicti, Vtputa si quis debitorem suum adrogauerit: Hic enim omnem suam amittit actionem, nec tantùm ipso iure, sed etiam apud prætorem & effectu ipso, nec solùm quandiu durat adrogatio, sed etsi ea finita sit, rursúmque factus sit sui iuris ille qui fuerat adrogatus, quia hæc capitis deminutio contigit facto ipsius creditoris, eiusdémque adrogatoris *l. 2. §. ei qui debitorem* D. *hoc tit.*

l. Caius Seius. 9. D de pignor. act.

l. 2 §. ei qui debitorem D. hoc tit.

De quo

De quo iam diximus ad illat.9.in fin.Principij præcedentis.

ILLATIO II.

De alienatione iudicij mutandi causa facta.

SEcundò ex eodem Principio fit, vt prætor aliud quoque edictum proposuerit inter cætera capita edicti *De restitut. in integr. De alienatione iudicij mutandi causa facta l.1.D.ill.tit.* vbi Caius scribit prætorem cùm intelligeret iudiciorum exitum duriorem interdum nobis constitui opposito nobis alio aduersario,bene in eam quoque rem prospexisse, vt si quis rem alienando aliũ nobis aduersarium suo loco substituerit,idque data opera in fraudem nostram fecerit tanti nobis in factum actione teneatur,quanti nostra intersit alium aduersarium nos non habuisse.Ne scilicet cuiusquam deterior causa fiat ex alieno facto vt in eiusdem legis Principio Caius præfatur.Itaque si alterius prouinciȩ hominẽ mihi aduersariũ opposueris, aut aliũ qui me per potentiam suam vexaturus sit,teneberis,quia etiamsi cum eo qui alterius prouinciæ sit experiar,in illius prouincia experiri debeo & potentioribus pares esse non possumus *d.l.1.§.vlt.l.2.& 3.in prin.ill.tit.* Sed etsi hominẽ quẽ petebam manumiserim, durior condicio mea fit,quia prætores fauent libertatibus *d.l.3.§.1.l.antep.D. de manumiss.* Idémque erit si in pupillum vel in ecclesiam facta sit alienatio,Nam & his prætores in pari causa fauere solent sicut & libertati.Item si locũ in quo opus feceras cuius nomine interdicto Quod vi aut clam,vel actione aquæ pluuiæ arcendæ tenebaris,alienaueris,durior mea condicio facta intelligitur,quia si tecum agerem tuis impensis id tollere deberes. Nunc verò cùm incipiat mihi esse actio contra alium quàm qui fecerat compellor meis impensis id tollere,quoniam qui ab alio factũ possidet hactenus istis actionibus tenetur, vt id opus tolli patiatur *d.l.3.§.item si locum,* Actori enim moram suam nocere debere manifestum est,id est deteriorem causam esse eius cui nocitũ est,cùm agit aduersus emptorem qui opus nõ fecit,quàm si ageret aduersus eum ipsum qui nocuit,cùm imputare sibi debeat cur non egerit citius & aduersus eum ipsum qui opus fecerat & ante venditionẽ. Præsertim cùm iniquũ futurum sit cogi emptorem tollere quod non fecerit,Sed ea res non liberat venditorem quominus interdicto Quod vi, aut clam de damno & impensis ab actore factis teneatur *l.emptor 12.& seq.D.de aqua & aquæ plu.arcen.* Nam & post venditionem & traditionem fundi ea actio durat,siue nocitum sit fundo qui fuit venditus,siue ei qui non fuit venditus *l.post venditionem 16.eod.* Sed cum hac differentia,quòd si venditus sit fundus cui nocitum est, & de quo iudicium iã antè acceptum erat,perinde quidem competit actio venditori, sed eam iudicio empti cogitur præstare emptori *l.Iulianus 13.§ sed etsi quid præterea D.de action.empt.* Sed si antequam noceatur is cum quo actum est vendat statim agendum est cum emptore,vel intra annum cum eo qui vendidit si iudicij euitandi mutandique causa id fecerit *d.l.post venditionem.* Sed de his & cæteris omnibus quæ pertinent ad explicandas leges positas sub illo titulo iam satis multa scripsimus in Rationalibus,quæ hic repetere nõ oportet,Possunt & ad hoc Principium referri alia penè innumera iuris nostri loca, quæ inter legendum passim occurrunt,nec difficilis sunt obseruationis.

l.1.D.de alienat.iudi.mut.caus.fact.

l.1.§.vlt.l.2.& 3.in princ.ill.tit.

d.l.3.§.itẽ si locum.

l.emptor 12.& seq.D.de aqua & aquæ pluu.arcend.

l.post venditionem 16.eod.

Iulianus 13.§ sed & si quid praterea D.de act.empt.

PRINCIPIVM III.

Omnem capitis diminutionem esse iuris ciuilis.

l. eas 8. D. hoc tit. l. 4. D. de iustit. & iur.

OMnes capitis diminutiones commentum sunt & inuentum iuris ciuilis, *l. eas obligationes* 8. D. *hoc tit.* Nam cùm versentur, media quidem circa ciuitatem quam adimit, Minima verò circa familiam quæ & amittitur, & mutatur, Ciuitatis autem & familiæ nomina sint iuris ciuilis, non gentium aut naturalis *l. pronunciatio* 195. §. *familiæ cum l. seq.* De *verb. sign.* Consequens est vt non alteri iuri quàm ciuili hæ capitis diminutiones adscribi possint. Ea verò quæ maxima dicitur etsi versatur circa seruitutem cuius & nomen & ius inductum est ex iure gentium *l. 4. D. de iustit. & iur.* non eo magis tamen est iuris gentium quia non possunt iure gentium dici capite minuti qui facti sunt serui, cùm etiam serui iure gentium caput habeant perinde ac ciues *l. 4. D. de iustit. & iur.* Præter id quod sunt etiam iuris ciuilis modi quidam per quos & libertas amittitur, & seruitus irrogatur: *l. 5. §. 1. D. de stat. homin.*

ILLATIO I.

De obligationibus quæ naturalem præstationem habent, non intercidentibus per capitis diminutionem.

d. l. eas 8. D. hoc tit.

EX hoc Principio illud primum fit, quod in *d. l. eas* 8. D. *hoc ti.* scriptum est, Eas obligationes quæ naturalem præstationem habere intelliguntur, capitis diminutione non perire, quia ciuilis ratio, inquit, naturalia iura corrumpere non potest, sed tantùm ciuilia, quod & scriptum est in §. *vltim. tit. præced. De legit. agnat. tutel.* Ex quo infert Caius in *dict. lege eas*, actionem de dote quia in bonum & æquum concepta est, nihilominus durare post capitis diminutionem, vt quamuis emancipata possit agere. Cur autem ea actio dicatur in bonum & æquum concepta esse, quod pulchræ est dubitationis, scripsimus contra Accursium in Rationalibus ad illum locum.

ILLATIO II.

De obligationibus ex delicto proficiscentibus durantibus post capitis diminutionem.

l. 2. §. nemo D. eod.

l. tutelas 7. §. iniuriarum eod.

SEcundò ex eodem Principio fit, vt nemo delictis exuatur quãuis capite minutus sit *l. 2. §. nemo D. hoc tit.* Nẽpe quia in delictis nõ ius sed factum versatur, facta verò per id quod iuris est tolli non possunt *l. si vnus* 27. §. *pactus ne peteret* D. *de pact.* nec iuris ciuilis fictiones possunt, ad id vsque quod facti est pertingere *l. denique* 19. D. *ex quib. caus. maior.* Itémque ferè sensus est eius quod Paulus scribit in *l. tutelas* 7. §. *iniuriarum hoc titu.* Iniuriarum & actionum ex delicto venientium obligationes cum capite ambulare: Nec enim id aliam rationem habet quàm quòd eadem sit causa delictorum & actionum ex delicto venientium. Quid enim prodesset dicere neminem exui delictis per capitis diminutionem si non posset adhuc conueniri actionibus ex delicto descendentibus? Quanquam in actionibus illa erat fortior ratio dubitandi, quod sunt illæ iuris ciuilis *l. 2.*

§. *dein-*

§. deinde ex his legibus De *origin.iur.* neque ex facto proinde vt delicta, sed ex iure æstimantur. Quidni ergo pereunt etiam minima capitis diminutione? Sed facile est respondere actiones pendere ab obligationibus, Obligationes autem quæ ex delicto proficiscuntur, non posse perire, quia ex facto & iniuria non ex iure nascuntur. Publicéque interest non remanere delicta impunita. De quo tamen videnda sunt quæ pluribus scripsimus in Rationalibus aduersus Accursium & Bartolum.

ILLATIO III.

De legato annuo vel habitationis non extinguendo per capitis diminutionem.

TErtiò ex eodem Principio fit, vt legatum in annos vel menses singulos relictũ, itémq; habitatio legata, quamuis morte legatarij intercidat, tamen capitis diminutione non perimatur, sed post eã perseueret *l.legatum* 10.*D.hoc tit.* Rationem enim ibi Modestinus reddit, quia tale legatum in facto potiùs quàm in iure consistit. Quæ ratio vt in perfectam ratiocinationem euadat, supplenda est ex eo quod iam diximus, Capitis diminutionem mediam & minimam esse commentum iuris ciuilis, Fictiones autem iuris ad ea quæ facti sunt nullomodo pertinere.

l. legatum 12. hoc tit.

ILLATIO IV.

De tutelis quæ pereunt aut non pereunt per capitis diminutionem.

QVartò ex eodem Principio fit, vt quamuis tutelæ omnes sint ex iure ciui li *l.1.D.de tutel.* Tamen non alias tutelas interuertat capitis diminutio, quàm quæ ex lege 12.tab.agnatis proximis deferuntur. Illæ.n.deferuntur sub nomine agnatorũ quod ciuile est, Agnatus autẽ esse desinit per capitis diminutionẽ is qui antea erat, cùm per eã familia mutetur. At tutelæ sicut & hereditates quæ ex legibus nouis, aut ex senatusconsultis, aut ex testamento deferuntur, non sub nomine aliquo ciuili deferuntur, sed sub nomine proprio & naturali. Ergo consequens est vt capitis diminutio quæ iuris ciuilis est eas solas perimat, quæ sunt ex lege 12.tabul.non cæteras, quia nec mutat nomina naturalia, sed tantùm ciuilia *l.tutelas* 7.*hoc tit.* de cuius sententia & emendatione præter ea quæ iam scripsimus in præcedentibus ad Prin.2.illat.3.*supr.De tutel.* videnda omnino sunt quæ & copiosiùs & distinctiùs scripsimus in Rationalibus.

l. tutelas 7. in princ.D. hoc tit.

ILLATIO V.

De cognatione quæ perit per maximam & mediam tantùm capitis diminutionem.

QVintò ex eodem Principio fit, vt etiam per minimam capitis diminutionem pereat agnatio, nõ tamen pereat cognatio *§.vlt.supr.ti.prox.§. quod autem hoc ti.* Nẽpe quia vt Iust.noster ait agnationis nomẽ ciuile est, cognationis verò naturale. Qui etiã sensus est *l.3.D.vnd.cog.* Quod cùm ita sit mirum est quod scribitur in *d.§.quod autem*, etiã cognationem solui non tantùm per maximã, sed etiã per mediã capitis diminutionem. Quomodo enim fieri potest vt naturalia iura corrumpantur per ciuilia, cùm ius cognationis sit semper na-

§.quod autem hoc tit. §. vlt.supr tit. praced.

Vid. Cel. Marin dig. Gen. 4. 98

turale quatenus ab agnatione separatur, Capitis autem diminutio quælibet, vt Principium nostrum habet, commentum sit iuris ciuilis? At de maxima quidem capitis diminutione ratio illa adferri potest quod seruitutem mortalitati ferè comparamus *l. seruitutem 209. de regul. iur.* Implicat verò contradictionem, vt cognatus adhuc esse existimetur, qui iam mortuus creditur. Sed in media capitis diminutione difficilior quæstio est, cùm per eam ciuitas tantùm non etiam libertas amittatur, duꝛéque spes non improbabilis, Posse deportatum quandoque restitui in ciuitatem *l. intercidit 59. De cond. & demonst.* Nisi dicamus etiam deportatos plerumque mortuorum loco habendos, *l. 1. §. pen. de bonor. poss. contr. tab. l. 4. §. si deportatus De bon. libert.* Cúmque cognationis nomen sit reciprocum, non conuenire bono ciui vt se cognatum dicat eius cui respublica ciuitatem ademerit omnémque cum ciuibus participationem. Qua ratione nec deportatos agnoscit prætor nisi tanquam peregrinos & quasi qui numquam fuerint ciues. Adeò ciuitatis memoria omnis in iis aboletur, qui cognationem illam naturalem quam inter omnes homines natura constituit, delinquēdo violauerunt. Nec enim deportatur quisquam nisi ex causa delicti alicuius & quidem atrocissimi præcedentis. Illa tamen inter maximā & mediam capitis diminutionem differentia hac parte esse videtur, quòd is qui aliqua ratione seruus factus est, etiamsi postea manumittatur nulla ratione recipit cognationem quam semel in perpetuum amisit *l. is qui aliqua 7. D. vnd. cognat.* Qui verò deportatus fuit si restituatur eam iudicio meo recuperat, Tanquam qui non simpliciter & absolutè fuerit vnquam habendus pro mortuo, sed secundum quid, id est quantum ad ciuitatis iura pertineret, & ad tempus quandiu deportatio duraret. Idque videtur Iustinianus noster innuere in *d. §. quod autem*, vbi posteaquàm dixit ius cognationis perire si seruitus alicui ex cognatis irrogata sit, Adeò vt nec si manumissus ille fuerit recipiat cognationem, Subiūgit, sed etsi quis in insulam deportatus sit cognationem solui: Sed non addit quod in præcedente clausula addiderat, Non recuperari hoc casu cognationem, quamuis deportatus in ciuitatem restituatur. Facitque in hanc sententiam quod scriptum est in *d. l. intercidit*, De cuius tamen sententia & interpretatione, itémque de vi ac potestate deportationis videnda sunt quæ scripsimus in superioribus ad *tit. Quib. mod. ius patr. potest. soluit. Princip. 3. illat. 1.*

l. seruitutē 209. de reg. iur.

l. intercidit 59. De cond. & demonst. l. 1. §. pen. de contr. tab. l. 4. §. si deportatus de bon. libert.

l. is qui aliqua 7. D. vnd. cogna.

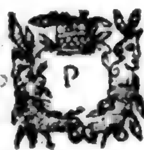
d. §. quod autem.

AD TIT. XXI.

De autor. tutor.

PRINCIPIVM I.

De necessitate interponenda autoritatis per tutorem vt possit pupillus facere condicionem suam deteriorem, non vt meliorem.



VPILLVS meliorem suam condicionem facere potest sine tutoris autoritate, deteriorem verò non aliter, quàm cum tutoris autoritate, vt Iustinianus scribit initio huius tit. post Caium in *l. obligari 9. in prin. eo. ti.* vbi ait ille, Obligari pupillum ex omni contractu sine tutoris autoritate

L. obligari 9. in princip. D. hoc tit.

ritate non posse, id est (sic enim haud dubiè Caius intellexit) ex nullo contractu posse pupillum sine tutore obligari, Acquirere autem sibi stipulando, & per traditionem accipiendo etiam sine tutoris autoritate posse. Ratio huius Principij nec obscura, nec dubia est. Cùm enim solo pupillorum fauore inductum sit, vt tutores eis dari oporteat, propterea quòd visum sit conueniens iuri naturali vt qui perfectæ ætatis non sit, alterius tutela & consilio regatur, *§. impuberes supr. tit. prox.* Absurdum sanè esset in eorum odium id ius retorqueri *l. nulla* 25. D. *de legib. l. quod fauore* 6. C. *eod.* quod tamen contingeret, si pupillo siue habenti tutorem, siue non habenti condicionem suam sine tutoris autoritate meliorem facere non permitteretur. Esset enim pupillus in eo deterioris condicionis quàm cæteri, quorum non modò ignorantium, sed etiam inuitorum cōdicionem per alios meliorem fieri posse placuit, quamuis deterior nō possit *l. soluendo* 39. *D. de negot. gest. l. solutione* 23. *D. de solut.* per seruos præsertim & eos quos quis habet in sua potestate *l. melior* 133. *de regul. iur.* Quod ergo alius pro pupillo & ignorāte & inuito facere posset, quidni pupillo ipsi pro seipso facere liceat? Nec. n. pupillaris ætas nec ignorātia illa quę per ætatē cōtingit aliud quicquā efficere potest, nisi vt pupillus sibi ipsi & absens, & ignorās existimetur, si nō doli capax proponatur *l. 1. § impubes & seq.* iunct. *l. excipiuntur* 14. D. *de SC. Silan. l. in eo* 110. *§. pupillus & l. seq. De reg. iur.* Simili ratione motus Iustinianus in *l. pen.* C. *ad SC. Treb.* constituit vt in iis quoque casibus in quibus olim necessarium erat factum pupilli cum facto tutoris, puta in suscipienda fideicommissariæ hereditatis restitutione possit ea restitutio fieri soli tutori, & quidem sine onere fideiussionis De rato, si modò pupillus vel fari nō possit, vel absit, Ne, inquit, dū nimia subtilitate vtimur circa res pupillares ipsa subtilitas ad perniciē pupillorū reuertatur. Posset quidē subtiliter dici, Tū quoque cùm pupillus sibi acquirit, aut stipulando, aut per traditionē accipiēdo, nō tantùm facto aliquo stipulātis & accipiētis opus esse, sed etiā animo & effectu, Quia in omnibus reb^9 quę dominiū trāsferūt, cōcurrat oportet affectus ex vtraque parte contrahentiū *l. in omnibus rebus* 53. iunct. *l. quacumque* 11. *D. de oblig. & act.* Pupillus autem non solùm affectu illo caret, sed neque facere quicquam videri potest, cùm ne quidem pati, quod multò facilius est, intelligatur *d. l. in eo* 110. *§. pupillus de reg. iur.* quia scilicet hæc ætas illa etiam quæ videt ignorat *l. 1. C. de fals. monet.* nec rei intellectum capere potest etiam in iis quæ agit *d. l. excipiuntur*, quorum quippe agendorum causam non intelligit *l. more* 8. *§. impubes & l. seq.* D. *de acquir. hered.* Sed esset illa subtilitas nimia, & pupillis ipsis damnosa, quorum fauor è contrario suadet, vt quæcumque de iis corúmque rebus iura constituuntur ex ipsorum fauore æstimari debeant, magis quàm ex subtili iuris ciuilis ratione. Quod verò secunda Principij nostri pars habet, Non posse pupillum deteriorem suam cōdicionem facere aliter quàm cum tutoris sui autoritate, Equidem rationem euidentem habet quantum ad directum, vt aiunt, propositionis sensum attinet, quoniam frustra daretur tutor impuberibus, nec iuris ciuilis propositum seruaretur, si liceret iis rem suam malè agere, neglecta tutoris autoritate cùm non aliam ob causam tutores dentur, quàm ne alioquin accidat vt pupilli condicio inopia consilij deterior passim fiat. Sed illud magis mirum est, quod ex contrario propositionis huius sensu elicitur, Licere pupillo deteriorem suam condicionem facere accedente tutoris autoritate. Siquidem eadem ratio iuris & naturalis, & ciuilis, quæ non patitur vt debeat esse in arbitrio pupilli res suas sine

§. impuberes sup. tit. prox.

l. melior 133. *de reg. iur.*

Pupillus sibi ipsi & absens & ignorans est.

L. pen. C. ad SC. Trebell.

l. quacumque 11. *l. in omnibus* 53. *de oblig. & act.*

l. in eo 110. *§. pupillus de reg. iur. l. 1. C. de fals. monet. l. excipiuntur* 14. *ad Silan. l. more* 8. *§. impubes & l. seq. D. de acq. hered.*

tutore malè administrare, illo quoque casu locum habere videtur, quo tutoris autoritas interueniat, cùm non ideò dentur tutelæ vt pupilli merguntur damnóque afficiantur, sed quò magis ipsis consulatur *l.3.in princip.D.de contr.tute.& vtil.act.* Nam & inde est quod solemus dicere, Tutorem domini loco habendum esse cùm rem pupilli ex ipsius vtilitate ac bona fide administrat, non etiam cùm pupillum spoliat *l.qui fundum 7.§.si tutor D.pro emptor.* iunct. *l.interdum 56.§.qui tutelam D.de furt.* An non enim spoliat, qui dãno eũ afficit, aut affici patitur? Nec est quod quis respondeat, hoc ideò ita receptũ esse, quia dãnum quod pupillus ex mala tutoris administratione sentiat sarciendum ei postea sit à tutore iudicio tutelæ: qua ratione videntur moti Iureconsulti in *l.si ad pupillum 11.& l.si tutor 17.D.hoc tit.* In promptu enim contradictio est, Non esse permittendum vt cuiquam inferatur damnum ob id solùm quòd eo nomine postea sit habiturus contra alium actionem est repetitionem *l.nemo ideo 171.de reg.iu.* cùm sit melius intacta cuiusq; iura seruari, quàm post vulneratam causam remedium quæri *l.vlt.C.in quib.caus.non est neceß.in integr.resti.* & nostra intersit non soluere potiùs quàm solutum repetere *l.3.D.de compens. l.si stipulatus 15.in princip. D.de fideiuss.* Sed respondendum est non aliter ius constitui potuisse sine maxima pupillorum iniuria, quoniam si autoritas per tutorem præstita non aliter rata esset, quàm si certum esset ex pupilli vtilitate rem geri, vix quisquam esset qui cum tutoribus vellet contrahere, Siue quòd in dubio euentu plerunque id positũ sit vtrius ex contrahentibus commodo cessura res sit, Siue quòd quicumque contrahunt id agant maximè vt ex eius cum quo contrahunt damno commodum sibi acquirant, præsertim verò in emptionibus & venditionibus, itémque locationibus & conductionibus, In quo maximè contractuum genere licet contrahentibus naturaliter se decipere *l.in causa 16.§.idem Pomponius D.de minor.l.item si precio 22.§.vlt.D.locat.l.2.l.si voluntate 8.C.de rescind.vendit.* Atqui nullius magis quàm pupillorum ipsorum interest, vt cum tutoribus rectè contrahatur *l.4.in fin.D.de euict.* ne alioqui commercio iis interdictum videatur si neque cum ipsis, neque cum ipsorum tutoribus contrahi tutò possit *arg.l.ait prætor 7.aliàs l.etsi sine §.quæsitum est l.quòd si minor 24.§.non semper D.de min.l.ratas 7.C.de rescind. vend.* Sic enim fieret vt pupillus neque acquiri per tutorem quicquã posset, nemine cum tutoribus contrahere volente. Ergo æquissimum fuit & pupillis ipsis fauorabile ita ius constitui, vt etiamsi ex interposita tutoris autoritate lædi eos contingat, tutoris tamen autoritas rata sit, non minùs quàm si ex pupillorum cõmodo gesta res esset, Dum ne quid factum sit dolo malo tutoris, & dolum participante illo qui cõtrahit cum tutore. Hoc enim casu certum est collusionem illam pupillo nocere non oportere, nec habere contrahentem de quo conqueratur nisi de seipso, qui dolum participando fecit vt ei non tam tutoris quàm factum suum noceat *l.4.§.illa etiam quæstio in fin. D. de doli mal. except.* Addenda etiam alia exceptio est, Nisi agatur de seruo aliquo manumittendo. Tunc enim non sufficit autoritatem tutoris interuenire, sed præterea causam quoque apud consilium probari necesse est *l.obligari 9.§.1.D.hoc tit.* Nempe quoniam per legem Æliam Sentiam eiusmodi sollennitas introducta est, vt ea lex ait huic speciei alienationis. Nam & manumissio alienatio est licèt per eam nullum dominium transferatur *l.vlt.C.de reb.alien.non alienand.* iunct. *l.1.C.de fund.dotal.*

l.3.in princ. D.de contr. tutel.& vtil act.
l.qui fundũ 7.§.si tutor D.pro emp. l.interdum 56 §.qui tutelam D.de furt.
l.si ad pupillum 11.l.si tutor 17. D.hoc tit.
l.nemo ideo 171. de reg. iur.
l.vlt. C.in quib. caus. non est necess.in integ. rest.l. 3.de compens.l.si stipulatus 15.in princ. de fideiuss.
l. in causa 16 §. idem Pomponius D. de min. l item si precio 22.§.vl. D.locat. l. 2.l.si voluntate 8.C.de rescind.vendit.
l.4. in fi. D. de euict.
l.4.§. illa etiam quæstio in fin. D. de dol. mal.excep.
l.obligari 9. §.1.D. hoc tit.

ILLA-

ILLATIO I.

De pupillo stipulante sibi dari.

EX hoc Principio illud primùm fit, quod Iustin. initio huius tituli scribit, si pupillus dari quid sibi stipuletur, nō esse necessariam tutoris autoritatem. Nec enim verendum est, vt pupillus stipulando faciat condicionem suam deteriorem, cùm stipulationes omnes ad hoc comparatæ sint vt vnusquisque sibi acquirat quod sua interest *l. stipulatio ista 38. §. alteri de verb. obligat.* Cui simile est quod ait *l. 1. C. hoc tit.* Tutoris absentiam stipulationi pro pupillo habitæ non nocere. Est enim illa lex de stipulatione interposita non à pupillo, sed pro pupillo, scilicet à seruo publico, cui ius est stipulandi pro iis maximè qui sibi stipulari non possunt, aut etiam à seruo ipsius pupilli si quem habeat *l. 2. & seqq. D. rem pupill. salu. for.* vbi additur etiamsi neque seruus pupilli, neque publicus vllus sit, posse tamen interdum dari aliquem à prætore cui caueatur, & ex cuius stipulatione actio quæratur pupillo, non quidem directa, sed vtilis. Nec enim semper pupillus ipse sibi stipulari potest, puta si absens sit, aut fari non possit cùm stipulatio neque inter absentes, neque sine verbis contrahatur *l. 1. De verb. obligat.*

l. 1. C. hoc tit.

l. 2. & seqq. D. rem pupill. salu. for.

ILLATIO II.

De pupillo alium sibi non etiam se alij obligante in contractibus vltro citróque obligatorijs.

SEcundò ex eodem Principio fit, quod Iustinianus subiungit, in his causis ex quibus obligationes mutuæ nascuntur, vt in emptionibus, venditionibus, locationibus, conductionibus, mandatis, depositis, & alijs huiusmodi si tutoris autoritas non interueniat ipsi quidem qui cum his contrahunt obligentur, at inuicem pupilli non obligentur: quod & scriptum est de eo qui à pupillo emit in *l. Iulianus 13. §. si quis à pupillo. D. de act. empt.* vbi non ineptè Bart. notat claudicare hoc casu contractum, tanquam qui non nisi ex vna parte consistet. Quod sanè mirum videri potest in hoc contractuum genere, qui dicuntur vltrò citróque obligatorij, & quorum natura ea est, vt non priùs ex iis agere alteruter possit quàm ex parte sua contractum impleuerit *d. l. Iulianus §. offerri.* Ne aliter posito iure, adficiatur iniuria is cui non præstatur quod promissum fuit, quíque non aliàs fuerat ex parte sua promissurus, *l. cùm te 6. & l. vlt. C. de pact. int. empt. & vendit.* Sed ratio decidendi sumitur ex iuris regula, quæ habet eum qui cum alio contrahit non debere ignarum esse condicionis eius cum quo contrahit *l. qui cum alio 19. De regul. iur.* quod etsi generaliter in omnibus verum est, ad eos tamen maximè pertinet qui contrahunt cum pupillo, cuius ætas vix est vt non seipsam facilè ex aspectu prodat, Vt proinde suæ facilitati debeat imputare qui cum pupillo sine tutoris autoritate contraxit, cùm sciret aut scire deberet, Pupillorum omnium eam causam esse vt condicionem suam meliorem facere possint, at deteriorem non possint. Quamquam nec nouum est vt aliis quoque casibus & inter alias personas in cōtractibus istis qui sui natura sunt vltrò citróque obligatorij ex vna tantùm parte nascatur obligatio, Vt puta in emptione si quis iactum retis emerit, nec quicquam eo iactu venditor ceperit *l. ex empto 11. §. vlt. D. de act. empt.* aut si emptor fundum condu-

§. 1. hoc tit.

l. Iulianus 13. §. si quis à pupillo D. de act. empt.

d. l. Iulianus §. offerri.

l. cùm te 6. & l. vlt. C. de pact. int. empt. & vendit.

l. qui cum a lio 19. de reg. iur.

l. ex empto 11. §. vlt. de act. empt.

xerit à venditore donec precium venditori soluat. His enim casibus solus emptor obligatur venditori, solúsque conductor locatori, non etiam venditor emptori aut locator conductori. *l. sicut emptio 20. §. vlt. D. locat.* Ad hanc porrò illationem pertinet quod Vlp. scribit in *l. pupillus 5. §. pupillus D. hoc tit.* pupillum vendendo sine tutoris autoritate non obligari, Nempe quia qui vendit, alienat si sit ipse dominus *l. traditio 20. l. numquam nuda 31. D. de acqu. rer. domin.* qui autem alienat cùm tanto fiat pauperior, facit haud dubiè códicioné suam deteriorem, etiamsi vendat maiore precio, quàm quanti re vera res est, Non solùm quòd lubrica & fragilis sit pecunia, quæ perire facilè potest *l. si chorus 79. §. 1. de leg. 3. l. lex quæ tutores 22. C. de adm. tut.* Sed etiam quia prius est vt fiat quis pauperior vendendo & se obligando ad rem tradendam, quàm vt locupletior fieri videatur precium accipiendo. Contrà verò si quis emat videtur fieri locupletior, & facere condicionem suam meliorem cùm emptio sit iustus modus acquirendi. Sed tamen æquè verum est pupillum emendo non obligari *d. §. pupillus*, quoniam quisquis obligatur hoc ipso facit códicioné suá deteriorẽ cum obligatio sit iuris vinculum propter quod quisquis debitor est fit quodammodo seruus creditoris. Vnde est, quod qui ab obligatione liberatur, locupletior fieri dicitur in *l. si pupilli 66 in fin. D. de solut.* Addenda nihilominùs est exceptio quam addit Vlp. in *d. §. pupillus nisi in quantum locupletior factus est.* Nimirum si de pupillo emente agatur, non si de vendente. Qui enim emit, licèt se obliget, tamen cùm acquirat facilè potest fieri locupletior, si fortè viliore precio emerit. Qui verò vendit, cùm non tantùm se obliget, sed etiã alienet, numquam potest ex venditione fieri locupletior. Præsertim cùm preciũ nõ ex re, sed ex negotiatione percipiatur *l. venditor 21. D. de her. vel act. vend.* quæ negotiatio non facilè à pupillo fieri lucro eius potest. Quid tamen si precium acceperit, nec perdiderit, sed in rem suam vtiliter verterit? Condemnandus erit non vt venditionem impleat, sed vt precium reddat in quantum factus erit locupletior, idque actione illa quæ generaliter datur ex rescripto D. Pij contra pupillum locupletiorem factum *l. 3. §. pupillus l. si pupilli 6. in princip. De negot. gest. l. 3. in pr. D. commod.* At qui emit & locupletior factus est quod contingit, quoties rem quam emit non perdidit, æquum est obligari eum etiam ad implendum contractum id est ad soluendum precium si modò non pluris emerit quàm quanti res est, quia permissum ei fuit emere ad eum modum quo diligens & frugi paterfamilias emere solet, nec æquum esset locupletari eum ex aliena iactura *l. nam hoc natura 14. D. de cond. ind.* Quamquam si quis velit Vlp. sic intelligere vt pupillus qui in emẽdo locupletior factus est sine tutoris autoritate nihilominùs obligetur ex rescripto Diui Pij magis quàm ex iuris ratione non valde repugnabo. Sicut nec si exceptionem illam Vlp. *nisi in quantum locupletior factus est*, ad vtrumque casum referre velis, tam quo vendiderit pupillus quàm quo emerit. Omni enim casu æquum est obligari ex suo contractu pupillum, qui ex eo locupletior factus fuit. Adeóque quod magis est etiam si cum ipso tutore contraxerit *d. l. pupillus in fi. principij.* Nec enim magis æquũ est vt ex tutoris sui, quàm vt ex alterius cuiusquã iactura pupillus locupletetur.

l. sicut emptio 20. §. vl. D. locat.

l. pupillus 5. §. pupillus D. hoc tit.

Pecunia fragilis & lubrica res est.

d. §. pupillus.

l. si pupilli 66. de solut.

ILLATIO III.

De adhibenda tutoris authoritate ad formam & sollennitatem actus.

TErtiò ex eodem Principio fit, vt ea præstandæ per tutorem autoritatis necessitas credatur pertinere ad formam & sollennitatem cuiuslibet actus, & con-

& contractus initi per pupillum: qua omissa ipse actus & contractus corruat, quasi contra iuris ciuilis regulam celebratus quoties pupillus deteriorem suã condicionem facere velit puta pacisci de nõ petendo *l.contra* 28. *D.de pact.* Nã cùm tutela sit vis & potestas in capite libero iure ciuili data & permissa, vt diximus ad *Tit: De tutel.* potuit ius ciuile, quam voluit formam pupillaribus negotiis tractandis præscribere, & sollennitatem inducere. Vnde fit, vt non sufficiat eam autoritatem quoquomodo interponi sed necesse sit vt & à præsente tutore & in ipso negotio interponatur, non etiam vel post tempus vel per epistolam *d.l.obligari* 9. *§.tutor statim D.hoc tit.* vel ante negotiũ perfectum *l.si quis mihi* 25. *§.iussum D.de acq.her.* quia cũ non alia de causa autoritas illa adhibeatur quàm vt pupilli iudicium suppleatur, iudicio autẽ illo tũ maximè opus sit cùm tractatu perfecto contractus concluditur, Apparet ita constitui ius debuisse vt non nisi statim & in ipso negotio autoritatẽ istam adhiberi oporteret. Inde etiam est quod etsi condicionalis contractus cum pupillo fiat, tutor tamen purè autor fieri debet, illáquẽ autoritas non condicionaliter sed purè interponi debet etiamsi contractus sit condicionalis *l.etsi condicionalis* 8. *D.hoc tit.* Nẽpe quia huius autoritatis interpositio est actus sollennis & legitimus qui non potest recipere condicionem *l.actus legitimi* 77. *de reg.iur.*

l.contra 28. *de pact.* *d.l. obligari* 9. *§.tutor statim D. hoc tit.* *l.si quis mihi* 25. *§.iussum de acq. hered.* *l. etsi condicionalis* 8. *D.hoc tit.*

ILLATIO IV.

De præsentia quæ requiritur ad authoritatem præstandam.

QVartò ex eodem Principio fit, vt non sufficiat presentem esse tutorem ad præstandam authoritatem, sed necesse sit adesse illum animo, & probare id quod agitur. Hoc enim est tutorem fieri authorem pupillo *l.3.D.hoc tit.* Itaque si inuitus retentus sit per vim, non valet quod agitur, Non magis quàm si somno vel morbo comitiali occupatus tacuisset *l.1.§.vlt.eod.l.non multum* 14. *cum l.præced.eod.* Scientia enim & voluntas libera requiritur cum præsentia, non tamen verba *d.l.*14.

L.3.l.1.§.vlt. *l.non multũ* 14. *cum l. præced.eod.*

ILLATIO V.

De non præstanda authoritate per tutorem in rem suam.

QVintò ex eodem Principio fit, vt non possit tutor præstare authoritatẽ pupillo in rem suam puta si velit ipse emere aut aliter acquirere à pupillo, Nec tantùm si tutor ipse sed etsi filius tutoris aut alia persona ipsius tutoris iuri subiecta per quam futurum sit vt perinde acquiratur tutori acsi tutor ipse emisset *l.1.d.l.5.in pr.& §.vlt.l.7.l.potest* 18. *l.vlt.eod.tit.* Nec enim credibile esset præstari à tutore authoritatem pupillo bona fide in ea re quæ non tam ad pupilli quàm ad ipsius tutoris vtilitatem principaliter gereretur, cùm sibi omnes malint bene esse quàm alteri. Non idem erit si tutoris vtilitas in eo negotio vertatur tantùm per consequentias *d.l.1.& 7.* vt suo loco explicauimus. Inde est quod si seruus communis tuus & Titij à pupilla sua te auctore rem aliquẽ per traditionem acceperit, tota ad Titium pertinebit. Nam cùm non possit tibi acquiri ex eo actu cui tu ipse authoritatem præstitisti, necesse est pro solido eam pertinere ad Titium cui acquiri tota potest ex ea regula quam veteres comprobauerunt *l.si seruus* 12. *eod hoc tit.*

l.1.l.5.in pr. & §.vlt. l. 7.l.18.eod. *L. si seruus* 12. *eod.*

ILLATIO VI.

De tutore qui non potest authoritatem præstare quòd non habeat administrationem.

SExtò ex eodem Principio fit, vt tutores quibus administratio decreta non est perinde ac extranei possint rectè à pupillo emere *l. tutores 6. eod.* quia scilicet nec possent illi authoritatem præstare pupillo etiam cum alio contrahenti cùm authoritatis præstatio non tam ad nomen quàm ad officium tutoris pertineat & ad causam administrationis *l. 4. eod. tit.*

L. 4. & 6. eo.

ILLATIO VII.

De duobus eiusdem pupilli tutoribus.

SEptimò ex eodem Principio fit, vt si eiusdem pupilli duo sint tutores, duóque correi stipulandi, quorum vnus vno tutore auctore, alius alio auctore ab eodem stipuletur valeat stipulatio quia satisfactum sit sollennitati iuris si modò tales tutores sint vt vnius authoritatem adhibitam fuisse sufficiat, Nec enim semper sufficiebat olim *d. l. quod dicimus 7. §. 1. eod.* De quo etiam diximus suo loco ad *Princip. 6. De tutel.*

ILLATIO VIII.

De pupillo soluente creditori suo sine tutoris authoritate:

OCtauò ex eodem Principio fit, vt pupillus ex omnibus causis soluendo sine tutoris authoritate nihil agat, id est non ideò acquirat sibi liberationem *l. obligari 9. §. pupillus eod. tit.* Nempe quia non aliter solutio potest liberationem parere quàm si rei solutæ dominium transferatur in accipientem *l. quòd si fortè 14. §. vlt. l. qui sic 55. l. is qui 60. l. si hominem 69. l. si alieni 78. in princ. D. de solut.* Pupillus autem nullius rei suæ dominium transferre potest sine tutoris sui authoritate. Id enim potissimum est in quo exigitur authoritas tutoris tanquam quod ad causam administrationis maximè pertineat *d. l. 5. §. pupillus D. hoc tit. l. qui fundum 7. §. si tutor D. pro emptor.* Si tamen creditor qui pecuniam sine tutoris authoritate à pupillo accepit, eam consumpserit; liberabitur pupillus vt Caius subiicit, quia cùm non possit ei dari vindicatio pecuniæ quæ ampliùs non extat sola potest superesse condictio quæ cùm sit actio personalis si à pupillo proponeretur contra verum creditorem haud dubiè pateretur compensationem quam vindicationes cæteræque in rem actiones olim non patiebantur ante *l. vlt. C. de compensat.* Post quam tamen quæ hoc ius nouum induxit, potest fortassis non improbabiliter defendi, Nec vindicationem hodie pupillo dandam eius pecuniæ quam vero creditori suo soluerit sine tutoris authoritate, Aut si vindicatio ei summo iure detur summouendam eam per exceptionem compensationis, Cùm si subtilitatem iuris remoueas nullum in eo futurum sit damnum pupilli cuius è contrario interest potiùs vt liberetur, Siquidem quisquis à vero creditore liberatur, tanto locupletior hoc ipso fieri intelligitur *l. si pupilli 66. D. de solut.* Planè in consumptis nummis dubitationem nullam res habere potest quia consumptio modus est dominij & amittendi & acquirendi vt cernere est in alienis nummis creditis aut à furioso

l. obligari 9. §. pupillus hoc tit. l. quod si fortè 14. §. vlt. l. 55 l 60. 69. 78. de solut. d. § pupillus

L. vlt. C. de compens.

l si pupilli 66. de solut.

riofo *l. si à furioso 12. & seq. D. de reb. cred.* Idémque est si pecunia pupillaris à pupillo soluta non quidem consumpta sit, sed tamen ita mixta pecuniæ accipientis vt discerni ab ea, & separari non possit. Tunc enim æquè sit accipientis acsi consumpta esset, Adeo proximè ad consumptionem accedit confusio *dict. l si alieni 78. de solut. l. 1. §. prætereà sciendum D. de separat.* Sed hæc ita si consumptio aut confusio illa facta sit bona fide, Alioqui ad exhibendum agi poterit acsi extarent cùm dolus & mala fides pro possessione sit *§. nunc admonendi Inst. quib. alien. licet vel non.*

l. si à furioso 12. & seq. de reb. credit.

l. si alieni 78 de solut. l. 1. § prætere a sciendum de separ. §. nunc admonendi Quib. alien. lic.

ILLATIO IX.

De solutione facta pupillo sine tutoris authoritate.

NOnò ex eodem Principio fit, vt nec pupillo solui sine tutoris authoritate possit nec pupillus delegare debitorem *l. pupillo 15. D. de solut.* quoniam vt ea lex ait, nullam rem alienare pupillus sine tutoris authoritate potest, Alienat autem & amittit debitorem quisquis vel delegat eum vel accipit ab eo solutionem, cùm delegatio sit pro solutione tam ex parte delegantis quàm ex parte illius qui delegatur *l. quamuis 8. § interdum D. ad SC. Velleian.* Si tamen pupillo soluti absque tutoris authoritate nummi salui sint poterit creditor petentem & vindicantem pupillum doli exceptione summouere *d. l. pupillo*, cùm & ratione fiat vt damnum captet pupillus ex aliena iactura quod numquam ferendum est *l. nam hoc 14. D. de cond. indeb. l. iure naturæ 206. de reg. iur.*

l. pupillo 15. D. de solut. l. quamuis 8 § interdũ ad Velleian.

ILLATIO X.

De non adeunda hereditate per pupillum sine tutoris authoritate.

DEcimò ex eodem Principio fit, vt hereditatem adire pupillus non possit sine tutoris authoritate quamuis lucrosa & opulenta sit reuera, nec vllum habeat damnum *dict. l. obligari 9. §. hereditatem*, quia cùm hoc ius introductum sit ad hoc vt tutus & securus sit pupillus, nec eius condicionem sine tutore deteriorem fieri ciuilis legislator patiatur, Apparet non posse tutum eum esse si sine tutoris authoritate adeat hereditatem, Non solùm ob periculum latentis æris alieni quo tandem emergente incipiat damnosa esse hereditas quæ lucrosa anteà credebatur *l. 4. D. ad SC. Trebell. l. si hereditatem 32. D. mandat.* sed etiam quia non potest fieri vt quis hereditatem vllam etiam opulentam adeat quin hoc ipso se obliget æri alieno *l. qui in aliena 6. de acquir. hered.* Iam autem diximus, Nemini pupillum obligari posse sine authoritate tutoris *dict. l. obligari in princip. l. in more 8. D. de acquir. hered.* vbi tamen excipiuntur pupilli qui sunt heredes necessarij: In his enim nulla requiritur aditio nec alia agnitio hereditatis *l. in suis 14. D. de suis & legit.* & frustra esset quærere, An posset pupillus eam hereditatem sine tutore acquirere quæ iam sit ei ipso iure, adeóque inuito etiam tutore acquisita. Vnde etiam est quod magis quis miretur, vt si pupillus heres scriptus sit à patre in cuius erat potestate, sub condicione vt vocant potesta-

d l. obligari 9 § hereditatem hoc tit.

l. 4. ad SC. Trebell. l. si hereditatẽ 32. D. mandat.

l. qui in aliena 6. de acq. hered.

l more 8. eo. l. in suis 14. D. de suis & legit.

tiua, liberum sit pupillo etiam sine tutoris authoritate condicioni eiusceemodi parêre, Quia licèt ea condicionis potestas esset vt non fuisset pupillus patri futurus heres necessarius aliter quàm si condicionem impleuisset *leg.4. D. de hered. institut. l. vltim. D. de condic. institut.* quoties tamen impleta condicio est reperitur pupillus heres necessarius, Iure potestatis potiùs quàm vi condicionis expletæ, vt eleganter ac subtiliter scribit Paulus in *l.condicionibus* 5.D.*de condic. & demonst.* Sensus est non ideò pupillum qui condicionem hanc sine tutore impleuit obligari paternæ hereditati & æri alieno, quod in ea fuit, quia condicionem impleuerit si formalem & immediatam atque adæquatam causam considéres, sed quia suus heres sit & necessarius patri in cuius morientis potestate fuit *l. in suis* 11. *de liber. & posthum. l. vltim. D. de collat. bonor.* Sed extra causam necessariorum heredum necessaria est authoritas tutoris, Non quidem ad implendam condicionem, sed ad hereditatem acquirendam. At neque videretur iuris ratio pati vt possit pupillus tutore authore hereditatem acquirere cùm causam, & momentum eius acquirendæ non intelligat. Sed placuit hoc ei fauorabiliter præstari, Ne alioqui nulla supersit ratio pupillo acquirendæ hereditatis, cùm nec tutor, nec alius quisquam possit adire, qui non sit institutus *l. pupillus* 9. *eod. titul. De acquir.hered.*

l.condicionibus 5.D de cond.& demonstr.

l.pupillus 9. de acq.her.

ILLATIO XI.

De hereditate pupillo restiuenda ex Trebelliano.

VNdecimò ex eodem Principio fit, vt neque ex Senatusconsulto Trebelliano hereditatem recipere pupillus sine tutoris authoritate possit *dict.l.obligari 9. §. nec ex Senatusconsulto* D. *hoc titul.* Nam cùm ex Senatusconsulto Trebelliano transeant actiones omnes in fideicommissarium & quæ heredi, & quæ in heredem competebant, *leg.* 1. *D. ad SC. Trebellian.* dubitandum non est, quin fideicommissi restitutio ex Trebelliano non tantùm sit solutio debiti, sed etiam acquisitio successionis cùm ex eiusmodi restitutione pupillus perinde obligaretur, atque ex aditione qualibet hereditatis *l. restituta* 37. *§. vltim.cum l. sequent.* D. *ad SC. Trebell.* Quamquam sufficeret solutionem esse, vt non posset fieri pupillo sine authoritate tutoris *dict. l. pupillo* 15. D. *de solution.* Proinde etiamsi facienda esset restitutio fideicommissi ex Pegasiano idem dicendum esset, Necessariam fore tutoris authoritatem, sed alia ratione, Non quia pupillus sine tutoris authoritate obligari non possit, cùm obligationes omnes remaneant penes eum qui hereditatem ex Pegasiano restituit, nec transeant eo casu in fideicommissarium, Sed quia nihil solui pupillo sine tutoris authoritate potest vt suprà diximus, Nec proinde fideicommissum magis quàm aliud quidpiam.

l.obligari 9. §.nec ex SC. D.hoc tit. l. restituta 37. §. vlt. & l. seq. ad SC. Trebell.

ILLA-

ILLATIO XII.

De authoritate præstanda ad agnoscendam vel repudiandam bonorum possessionem.

DVodecimò ex eodem Principio fit,vt etiam in agnoscenda & repudianda bonorum possessione voluntatem quoque & authoritatem tutoris interuenire oporteat *l.si ad pupillum* 11.D.*de author.tutor.* quia bonorum possessio sicut & hereditas ius successionis significat, & commoda atque incommoda continet *l.*1 2.*& 3.D. de bonor. possess.* Est autem in hanc rem necessaria tutoris authoritas nec sufficit curatoris,vt nec ad cætera omnia expedienda quæ iuris sollennitatem desiderant *l.curatorem* 19.D.*hoc tit.l.cùm in vna* 17. §. *tutor* D.*de appellat.*Præterquàm si agatur de curatore furiosi cuius eadem ferè in omnibus ratio est quæ tutoris,quia primò ac principaliter personæ furiosi datur *dict. l. si ad pupillum*, Nec est contrarium quod in *l. penultim. eod.* proponitur pupillus abstentus per curatorem: ibi enim pupillus dicitur qui tempore immixtionis pupillus fuerat , sed abstentionis tempore iam adultus quem ideò lex subinde vocat adolescentem. Certum autem est minorem posse seipsum abstinere etiam sine curatore & sine restitutione, nisi cùm se immiscuit iam pubes *l.necessarijs* 57.*de acq. hered.* Quidni ergo etiam per curatorem ? dummodò minor ipse sit præsens licèt tacens,ideóque ponendum est in *dict. l.penultim.* præsentem fuisse,sed tacentem adolescentem , & indè petendam rationem decidendi : quoniam abstentio erat quidem actus sollennis sed ratione loci tantùm,quia fieri debebat in iure vt repudiatio *l.4.Cod.de repud. vel abst. hered.* sed non ratione verborum cùm sufficeret declaratio quælibet voluntatis per præsentiam cum scientia & consensu iunctam,licèt non verbis expressam , quomodo in sollennitate interponendæ per tutorem authoritatis obseruari iam diximus *l.1.§.vlt. l.3.l.14.D.hoc tit.*

ILLATIO XIII.

De pupillo agente vel conuento duplici iudicio,Et de pluribus pupillis eundem tutorem habentibus & inuicem agentibus.

DEcimotertiò ex eodem Principio fit,vt si pupillus agat vel conueniatur aliqua ex iis actionibus quæ ideò duplices & mixtæ appellantur quod in iis vterque litigatorum & actor & idem sit de quibus in *l.licet* 42.§.*pen.* D.*de procurat.l.actionis* 37.§.*mixtæ* D.*de oblig.& act.*dubitatum sit non quidem an ad edendum & accipiendum iudicium idem tutor author fieri possit, constat enim posse sed an vna authoritas sufficiat eo animo vt ad vtrumque pertineat *l.accipientis* 15.*D.hoc tit.*vbi Marcianus refert Pomponium de hoc dubitasse, *l.accipientis 15.D.hoc tit.* Ideo forsitan quod tantopere sit auctoritas tutoris necessaria, præsertim in actibus iudicialibus vt non possit videri vna sufficere cùm iudicium est duplex sicut nec vnus procurator sufficere potest *dict. l. 42. §. penultim.* Ait tamen Marcianus,posse fortiter defendi sufficere vnam authoritatem cùm vnus tantùm sit pupillus qui eo iudicio duplici & agit & conuenitur. Nam neque plures procuratores sunt necessarij nisi cum plures sunt heredes defuncti *l.licet 42.§. pen. de procur.*

de cuius hereditate agitur familiæ erciscundæ aut plures socij qui agunt communi diuidundo, Non etiam cùm vnius heredis aut socii plures sunt heredes *d. §. pen.* Atque ita plerique locum illum Marciani intelligunt, Sed mihi videtur probabilius & Marciani verbis conuenientius, vt eum casum tractet quo plures sint pupilli quibus tutor vnus datus sit, & inter quos iudicium simplex instituatur, vno edente & dictante, alio accipiente, id est vno simpliciter constituto actore, alio simpliciter reo. Quo casu difficilius videtur vt idem tutor vtriusque pupilli possit vtrique authoritatem præstare non magis quàm vt idem possit esse actor & reus eodem respectu, aut idem actoris & rei procurator *dict. §. penultim.* vel aduocatus *l. 3. §. quòd si D. de præuaric.* Extra casum *l. vltim.* D. *de postul.* Quòd si quis velit admittere tutorem vnum sicut vtrique pupillo dari potest, ita & vtrique pupillo in hoc vno eodémque iudicio authoritatem præstare posse, Illud saltem videtur concedendum non posse vnam authoritatem sufficere, licèt eo animo factam vt ad vtrumque pupillum pertineat, sed duplici authoritate opus esse vt vna vni, altera alteri præstetur. Et hoc est quod Pomponius putabat, posse quidem vnum tutorem vtrique pupillo sufficere, sed non vnam authoritatem. Marcianus contra vnam satis esse authoritatem vnius tutoris vtrique pupillo præstandam, & eo animo vt ad vtrumque pupillum pertineat, Nempe quoniam authoritatem præstare non illud est consilium præbere, quod sanè duobus pupillis ab vno eodémque tutore citra præuaricationem præberi non posset, sed nudum consensum qui pro sollennitate requiritur adhibere vt iudicium ritè dictatum acceptúmque videatur ex quo possit sequi sententia quæ transeat in rem iudicatam, Quidni enim possit consensus ille vnus sufficere dummodo ad vtrumque pupillum referatur? Quid ergo necesse est multiplicari authoritates? Ergo quod lex ait *vtrique* non intellige *iudicio* quod alij duplex esse ponunt sed pupillo, Et quod sequitur *ad vtrumque* similiter intellige *ad vtrumque pupillum*, non autem *ad vtrumque iudicium*. Nam & cùm aliquod iudicium instituitur ex istis quæ duplicia appellamus, non ideò iudicia duo instituta esse quis benè dixerit, vnum enim tantùm est non duo, sed illud vnum tamen duplex non simplex, Duplex autem idcirco quia in eo idem actor & reus est diuersis respectibus. *dict. l. 42. §. penultim. de procur. l. in tribus 13. D. de iudic. l. iudicium 10. D. fin. regund.* Non quia duæ sint formulæ ex quarum tamen pluralitate pluralitas quoque iudiciorum æstimatur.

Alia & verior interpretatio d. l. accipientis.

l. 3. §. quòd si de præuaric. l. vlt. D. de postul.

Iudicia duplicia cur sic dicta.

ILLATIO XIV.

De tutore qui non vult author fieri pupillo.

DEcimoquartò ex eodem Principio fit, vt si tutor pupillo nolit author fieri non debeat ille cogi à prætore. Nam vel expedit pupillo vel non expedit authoritatem præstari, si non expedit iniquum est cogi eum vt id faciat quod à suscepti officij ratione sit alienum. Sin expedit satis debet esse prætori quod pupillus hanc iacturam posteà tutelæ iudicio sit consecuturus.

l. si

l. si tutor 17. *D. hoc tit.* cùm non minùs de authoritate quàm de administratione rationem reddere teneatur. Nam & administrationis pars est & quidem potissima præstare authoritatem vt suprà diximus, Vnde est quod diximus, Tutorem qui per valetudinem, vel absentiam, vel quam aliam iustam causam author fieri non potuit, non ideò teneri, quia scilicet nihil ei potest imputari *l. tutor qui* 10. *eod. titu.* Et verò non cogitur tutor tutelam administrare ac gerere si malit ob eam causam vel teneri iudicio tutelæ, vel suspectus fieri durante tutela. Præterquàm vno illo singulari casu quem ponit Vlpian. in *l.* 4. *§. sed enim* D. *rem pupillar. salu. for.* Cætera quæ pertinent ad hunc titulum & tractatum iam explicauimus ad Princip. 6. *De tutel. præsertim ab illa t.* 19. *ad* 31.

l. si tutor 17. *D. hoc tit.*

l. tutor qui 10. *eod. tit.*

l. 4. *§. sed enim D. rem pupill. salu. for.*

AD TIT. XXII.

Quib. mod. tutel. finit.

PRINCIPIVM I.

De tutela non nisi certis modis finienda.

TVTELA *sicuti non nisi iure ciuili fuit inducta, ita certis tantum modis eodem iure ciuili comparatis finitur.* Qui omnes modi exponuntur à Iustiniano in hoc tit. Ratio autem huius Principij est, quod omnia quæ iure ciuili inducta sunt, & comparata, sui natura sint perpetua. Nihil enim est quod ius ciuile faciat tam infirmæ condicionis, vt aliter quàm ex eiusdem iuris ciuilis authoritate, aut finiri, aut euerti possit, Pertinétque ea res ad iuris ciuilis authoritatem & dignitatem, quia eiusdem potestatis est destruere cuius & condere. Nec ab hac sententia abhorret regula iuris quæ ait nihil tam naturale esse quàm vnumquodque dissolui eo modo & iure quo colligatum est *vulg. l. nihil tam naturale* 35. Consequens enim fit, vt quemadmodum tutela iure ciuili constituta & inducta fuit iuxta definitionem quam Seruius adferebat in *l.* 1. D. *de tutel.* Ita & non nisi certis modis eodem iure ciuili constitutis dissoluatur. Inde est quod sola voluntate, siue tutoris, siue pupilli non finitur, quia noluit ius ciuile hunc esse legitimum modum finiendæ tutelæ *l.* 2. *C. quand. tutor. ess. desin.* Modi autem omnes quibus tutela finitur hi sunt, Pubertas, Adrogatio pupilli, Mors, siue pupilli siue tutoris, Capitis diminutio quælibet in pupillo non tamen quælibet in tutore, Euentus temporis ad quod vsque vel condicionis ad quam vsque tutor testamento datus fuerat. Denique remotio propter suspicionem, Aut excusatio propter iustam aliquam causam quæ superuenerit post tutelam susceptam.

Initio huius tit.

L. 2. *C. quan. tutor. ess. desin.*

Modi quibus tutela finitur.

PRINCIPIVM II.

De pubertate.

l.1. & vlt. C.quand.tutor.ess.desin. §.vlt.sup.de Attil.tut.

TVtela finitur pubertate *l.1.& vltim.C.quand.tut.ess.desin.* Ratio euidens est,quia cùm tutela remedium sit & auxilium subsidiarium iure ciuili cõparatum ad tuendum impuberem qui per ætatem se tueri nequit, vt scriptum est in *§.vltim.sup.De Attil.tutor.* fuit sanè conueniens ita ius constitui vt finiretur pubertate. Quandoquidem pubes factus potest sibi ipse satis consulere si non proprio iudicio quod satis infirmum ac debile est ante completum annum vicesimumquintum, saltem hactenus vt petat curatorem cuius consilio regatur. Nec enim solet ius nostrum auxilia ista extraordinaria deferre nisi cui & quatenus necessitas cogit deferri *vulg.l.in causa 16. D. de minor. l. ex facto 49. de vulg. & pup.substit. l. imperatores 31. de reb. auth. iudic. possid.* Quàm verò multa specialia ius hoc tutelæ habeat & à iuris communis ratione penitus aliena, constat satis ex iis quæ diximus ad Princip. 1. *De tutel.* In definiendo autem pubertatis tempore non omnes Iureconsulti consenserunt. Erant enim qui in masculis pubertatem non ex certo annorum numero vt in fœminis, sed ex habitu corporis æstimarent, vt qui pubescere inciperet, is demùm pubes haberetur, quasi in re tanti momenti ea probatio quæri deberet quæ esset certissima, nec vllam haberet dubitationem, Cùm impuberes, nec nuptias contrahere possint, *l.in sponsalibus 14. D.de sponsal. l. 4.* D. *de rit.nupt.* neque testari *l. à qua ætate* 5. D. *qui testament. facer. poss.* neque testimonium dicere, *l. inuiti 19. in fin.*D. *de testib.*neque torqueri *l. de minore* 10. D. *de quæstion.* neque obligari sine authoritate tutoris, vt diximus *titu. superiore.*Eaque videtur fuisse sententia Sabinianorum, Siquidem constat diuersæ scholæ authores, id est Proculeianos in contraria opinione fuisse, vt non minùs in masculis quàm in fœminis pubertas certa ex certo annorum numero constitueretur, vt Vlpianus refert in *fragment.titu.11.§ vltim.* quòd ea corporis indagatio quam in fœminis turpissimam, nec proinde admittendam esse omnes consentiebant, in masculis quoque inhonesta & indecora videretur. Itaque placuit pubertatem in fœminis ab anno duodecimo completo incipere, In masculis verò ab anno decimoquarto æquè completo *l.vltim.*C.*quand.tutor. vel curat. esse desin.* vbi extat illa Iustiniani constitutio, cuius mentio fit in hoc tit. Quasi ius hoc à Iustiniano ipso fuerit introductum & antiquæ iurisprudentiæ incognitum, Cùm tamen aliis plerisque iuris nostri locis & apud ipsos etiam veteres authores pubertatem sic iam olim definitam fuisse negari non possit *dicta lege* 5.D.*qui testam.facer. poss.l.2.* D*e vulg. & pupillar.subst.* Ex supradicta Proculeianorum sententia quæ haud dubiè magis obtinuit tanquam ciuilior, & publicæ honestati conuenientior. Nec quod ætatem aliquando ex aspectu probatam legitimus vt in *l.minor 32. D.de minor.l.3,*C.*si minor se maior. dixer.* tale est quale si ætatem ex habitu corporis probatam scriptum esset. Aspectum enim non vt malè Cuiac.credidit, partis necessariæ, sed oris & vultus intelligimus, qui sæpè falsus & mendax est, cùm tamen habitus corporis nec falsus esse possit nec incertus, Ob idque esset

Quandũ facere impuberes non possint.

Vlp.in fragment. tit.11. §.vlt.

l. vlt. C. quand. tut. vel curat. ess.desin.

l.5. D. qui test.fac.poss. l.2.De vul. & pup. sub. l. minor 32. D.de mino. l.3.C.si min. se maior. dix.

esset proculdubio Sabinorum sententia sequenda, si tam honesta esset, quàm tuta. Duplicem tamen pubertatem veteres constituerunt, Primam vnam & minùs plenam de qua hucusque diximus, Plenam alteram quæ in masculis incipit ab anno decimooactauo, In fœminis verò à decimoquarto completo *l. adrogato* 40. *§. non tantùm* D. *de adoption. l. Mela ait* 14. §. 1. *D. de aliment. & cibar. legat. l. quidam consulebat* 57. D. *de re iudic.* In quibusdam tamen causis habetur etiam ratio decimiseptimi anni completi, sufficitque decimumoctauum attigisse, vt in specie *§. iusta & §. vlt. supr. quib. ex caus. manum. non licet l. 1. §. initium D. de postul.* Sed non ad definiendam, aut primam, aut plenam pubertatem, quæ prima lanugo appellatur. Alia est ætas quæ dicitur plena & perfecta. Ea est quinque & viginti annorum completorum post quod scilicet tempus virilem compleri vigorem constat *l. 1. D. de minor. l. 4. D. de legit. tutor.* Cur verò tam prima quàm plena pubertas paucioribus annis contenta est in fœminis, quàm in masculis? An quod reuera citiùs pubescant vt plurimùm? An potiùs quod earum malitia frequentiùs suppleat ætatem? vt loquitur *l. 3. C. si minor. se maior. dixer.* An denique propter festinationem votorum vt Macrob. ait *in somn. Scip. capit. 6.* Vt scilicet tantò citiùs eximatur periculo pudicitia virginis quantò maturiùs nupta fuerit. Computantur porrò ætatis huius puberis sicut & perfectæ tempora à momento in momentum, quoniam alioqui nihil certi & constituti haberi posset *l. 3. §. minorem De minor. l. 5. D. qui testam. facer. poss.*

Duplex pubertas prima & plena.

Casus in quibus sufficit attigisse annum decimumoctauum. Et cur pubertatis tempus breuius sit in fœminis.

ILLATIO I.

De tutore qui etiam post pupilli sui pubertatem administrauit.

EX hoc Principio illud fit quod scripum est in *l. si tutor* 13. *& seq.* D. *de tutel. & ration. distrahend.* Si tutor post pubertatem pupilli negotia administrauerit, in iudicium tutelę venire id tantùm sine quo administratio tutelæ expediri peragíque non potest, Pro cæteris conueniendum esse tutorem actione negotiorum gestorum, Nempe quia cùm tutela per pubertatem finita sit, non potest tutelaris videri administratio post pubertatem facta nisi quatenus connexa est præcedenti. Connexitas autem duplex est vna causæ, altera temporis. Vtraque sufficit ad continuandam non quidem tutelam ipsam, sed actionem tutelæ. Atque ita intelligo generaliter quod indistinctè scriptum est in *l. tutor* 11. C. *arbitr. tutel.* Tutorem si post puberem ætatem in connexa tutelæ administratione perseuerauerit, tutelæ actione totius temporis rationem pręstare cogendum esse. Connexam enim haud dubiè intelligit, siue tempore, siue causa. Vnde est quod Caius scribit in *l. si post* 14. D. *de tutel. & rat. distr.* Si post pubertatem aliquo tempore licèt breuissimo intermiserit administrationem tutor, deinde cœperit gerere, Tā tutelæ quàm negotiorum gestorum iudicio cum eo agendum esse, Tutelæ scilicet de iis quæ gesta sunt ante pubertatem, Negotiorum verò gestorum de iis quæ post pubertatem, Ne dubitare possimus quin tutelæ tantùm iudicio agi possit etiam de iis quæ gesta sunt post pubertatem si nullo penitus tempore

l. tutor 11. C. arbitr. tutel.

l. si post 14. De tutel. & rat. distr.

intermissa sit administratio. Itaq; videtur latiùs patêre actio tutelæ, quàm tutela ipsa, Sicut & officium tutoris, quippe quod non nisi curatoribus acceptis finem accipit *l. à tutoribus* 33. §. 1. *D. de admin. tutor.* Aut saltem non nisi admonito per tutorem adulto, vt sibi petat curatorem *l. 5. §. si tutor eod. tit.* Sed de his omnibus iam suprà scripsimus, déque aliis multis quæ ad hoc Principium referri possent.

l. à tutoribus 33. §. 1. D. de adm. tutor.

PRINCIPIVM III.

De tutela finita per adrogationem pupilli.

TVtela finitur adrogatione pupilli *§. item finitur hoc titu. l. si adrogati* 14. *D. de tutel. l. vlt. C. de autor. præst.* Ratio est, quia impubes adrogatus transit in familiam & potestatem adrogatoris transfértque in eam caput suum & cum capite fortunas omnes *l. qui liberis* 11. *§. testamento D. de bonor. poss. secund. tab.* Vt proinde nihil supersit in quod vis illa, & potestas tutori data exerceri possit. Quæ ipsa cùm sit vicaria quodammodo vt iam diximus sæpius, & imago quædam patriæ potestatis, non potest fieri, vt retineatur in eam pupilli personam quæ sit in vera alterius patris, siue legitimus tantùm, siue naturalis etiam sit, potestate. Inde est quod si plures sint tutores eius pupilli qui se dat adrogandum, omnium consensum & authoritatem interuenire necesse sit cùm intersit omnium, quandoquidem eo modo tutela soluitur *d. l. vl. C. de author. præst.* Inde etiam quod non facilè vnquam permittendũ est tutori, vt pupillũ suum adroget, Ne sit in potestate tutoris finire tutelam, adeóque substitutionem fortassis à parente impuberi factam extinguere, inquit Vlp. in *l. nec ei* 17. *§. 1. D. de adopt.* Quæ omnia suo etiam loco explicauimus.

l. qui liberis 11. §. testamẽto de bon. poss. sec. tab.

l. vlt. C. de auth. præst. l. nec ei 17. §. 1. de adopt.

PRINCIPIVM IV.

De tutela finita per mortem aut maximam vel mediam capitis diminutionem.

FInitur tutela non solùm si vitam, sed etiamsi vel libertatem, vel ciuitatem solam aut pupillus, aut tutor amiserit, puta si vel ab hostibus alteruter captus sit, vel deportatus *d. §. 1. & §. sed & capitis hoc tit. d. l. si adrogati* 14. *§. 1. D. de tutel.* Ratio æquè aperta & euidens est, Quia cùm tutela sit iuris ciuilis non potest retineri aut ab eo, aut in eum qui siue per seruitutem, siue per deportationem deficerit habere caput in ciuitate mortuiq; loco haberi cœperit. Quod non solùm iis conuenit qui aut per capitiuitatem, aut qua alia ratione in seruitutem redacti sunt *l. intercidit* 59. *De condic. & demonstr. l. seruitutem* 209. *de reg. iur.* sed etiam deportatis, vt scripsimus ad *tit. De capit. diminut. ex l. 1. §. pen. D. de contr. tab. l. 4. §. 1. D. de bon. libert.* De morte verò siue pupilli, siue tutoris multò minùs dubitari potest cùm mors soluat & finiat omnia.

l. si adrogati 14. §. 1. D. de tutel. l. intercidit 59. de cond. & dem.

PRIN-

PRINCIPIVM V.

De capitis diminutione contingente tutori.

FInitur tutela quælibet per capitis diminutionẽ maximã, vel mediã tutoris. Per minimam verò nõ alia quàm legitima *§. sed & capitis hoc tit. l. tutelas* 7. D. *de capit. minut.* de cuius sententia & emendatione cæterisque omnibus quæ ad huius Principij tractatum pertinent, videnda sunt quæ scripsimus ad *dict. Tit. De capit. minut.* & in Rationalibus nostris ad *d. l. tutelas.*

§. sed & capitis hoc tit. l. tutelas 7. de cap. minut.

PRINCIPIVM VI.

De tutela finita aduentu temporis vel condicionis cùm tutor ad certum tempus, certámve condicionem datus esset.

FInitur tutela aduentu temporis, aut condicionis si tutor nõ nisi ad certũ vsque tempus & ad certã vsque condicionẽ fuerat datus *§ sed etsi vsque & §. præterea hoc tit. l. si adrogati* 14. *§. sed etsi ad tempus D. de tutel.* Nimirum ad eam tutelæ speciem solam hoc pertinet quæ ad tempus & ad condicionem dari potest sicut & ex tempore, & ex condicione, Id est ad testamentariam quæ sola priuilegiũ hoc habet, cùm cæteræ, id est tam quæ à lege quàm quæ à magistratu dantur *l. tutor datus* 8. §. 1. *& seq. l. si quis sub condicione* 11. *D. de testam. tutel. l. multo* 6. *§. sub condicione D. de tutel.* Ratio Principij est, quia cùm per leg 12. tab. tutelæ testamẽtariæ cõfirmatę sint ex ea parte qua Vti paterfamilias super pecunia tuteláve rei suæ legassit ita ius esse iubetur *l. verbis legis* 120. *de verb. signi.* omnino cõsequens est, vt non possit extẽdi tutela testamentaria vltra id tẽpus quod à testatore ipso præfinitum & constitutum est. Facto namque testamento dummodò secundum leges nihil aliud quærendum est nisi quid testator iusserit, vt idipsum districtè seruetur. De quo etiam fusissimè suo loco diximus. Cæteræ tutelæ neque diem recipiunt, neque condicionem, quia tutoris datio est actus legitimus *l. actus legitimi* 77. *de reg. iur.*

§. sed etsi vsque & §. præterea hoc tit.

l. tutor datus 8. §. 1. & seq. l. si quis sub condicione 11. D. de test. tut. l. muto 6. §. si sub condicione D. de tutel.

l. actus legitimi 77. de reg. iur.

PRINCIPIVM VII.

De tutoribus remotis à tutela vel excusatis.

DEsinunt tutores esse qui vel remouentur à tutela ob id quod suspecti visi sunt, vel qui ex iusta causa sese excusant post susceptam tutelam, ita vt onus administrandæ tutelæ deponant *§. vlt. hoc tit. d. l. si adrogati* 14. *§. præterea D. de tutel.* Nam cùm nemo remoueatur à tutela tanquam suspectus nisi in perpetuum, vt dicemus ad *tit. De suspect. tut.* Ad quid prodesset obsecro dicere, Tutorem illum adhuc manere, Etsi enim nouum non est, vt maneat quis tutor alio administrationem habente *l. 4. l. tutores 6. D. de autor. tutor. l. quòd si fortè* 14. §. 1. D. *de solut.* Id tamen ad eos tutores non pertinet qui suspecti pronunciati sunt. Remouentur enim illi non tantùm ab administratione, quod fit etiam pendente cognitione de suspecto *l. eum quem 7. C. de suspect. tutor.* Sed etiam à tutela. Qui verò post susceptam tutelam adferunt excusationem ex a-

§. vlt. hoc ti. l. si adrogati 14. §. præterea D. de tutel.

l 4. l. tutores 6. de autho. tuto. l. quod si fortè 14. §. 1. de solut.

l. eumquem 7. C. de susp. tutor.

liqua iusta causa quæ superuenerit, excusantur quidem interdum ad tempus tãtùm, Interdum verò etiam in perpetuum vt dicemus ad *Tit. De excusat. tutor. & curat.* Sed hoc Principium nostrum ad eos solos pertinet qui sic sunt excusati, vt tutelam in perpetuum deponant, quos vtique certum est hoc ipso desinere esse tutores, non etiam qui ad tempus tantùm *l. nec ille 16. D. de tutor. & curat. dat.*

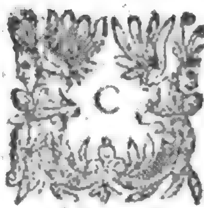
l. nec ille 16. D. de tut. & curat. dat.

TIT. XXIII.

De curatoribus.

PRINCIPIVM I.

De curatore dando puberi in annum vsque 25.



CVRATORES puberibus & adultis dantur in annũ vsque ætatis vicesimum quintum completũ, siue masculi sint, siue fœminæ, vt Iustin. *initio huius tit.* scribit. Rationem adfert, quia licèt puberes sint, ita vt ex eo pubertatis tempore desinant esse in tutela, Adhuc tamen eius ætatis sunt, vt sua negotia benè ac commodè tueri non possint. Constat namque inter omnes quàm fragile sit & infirmum huiusmodi ętatis consilium, multorúmque captionibus suppositum, & insidiis expositum, vt loquitur Vlpianus in *d. l. 1. D. de minor.* Et quamuis ob eam causam Prætor iis polliceatur auxilium restitutionis in integrum si quid ab iis gestum sit in quo læsi captíque proponantur, Melius tamen & prudentius est, vt iis curator detur ne tam facile futurum sit vt egeant restitutione, Sicut & dicere solemus, Melius esse intacta eorum iura seruari quàm post vulneratam causam remedium quæri, vt ait *l. vlt. C. in quib. caus. non est necess. in integr. restit.* Quamquam non eo minùs solet prætor minoribus subuenire, quod contraxerint authore curatore, Quemadmodũ & pupillis succurrit tùm quoque cùm ex tutoris sui auoritate contraxerunt *l. 1. & tot. tit. C. si tut. vel curat. interuen.* Nullàne igitur inter pupillos & adultos erit differentia nisi in eorum nomine à quibus reguntur quod qui pupillos regunt dicuntur tutores, qui verò adultos, appellantur curatores? Imò differentiæ sunt quàmplures, Sed hæ præcipuæ, quòd tutor personæ principaliter datur. Rebus verò non nisi per consequentias *l. quia persona 14. D. de testam. tutel.* At curator è contrario rebus tantùm dantur, Non item personæ, ne quidem per consequentias: Nisi proponas curatorem furiosi, vel dementis, vel prodigi *d. l. 1. D. de minor.* iunct. *d. l. 1. D. de curat. furios. l. 1. D. de tutel.* Item, quòd pupillus nihil omnino potest facere sine autoritate tutoris tanquam qui iudicio prorsus carere intelligatur, & illa etiam quæ videt ignorare *l. in negotiis 5. De reg. iur. l. 1. C. de fals. monet.* Minor verò potest ex se omnia facere nec tam indiget curatore, vt rem suã quoquomodo gerat, vt pupillus, quàm vt benè gerat & ex sua vtilitate *d. l. 1. De minor.* Vnde illa etiam differentia nascitur, quod tutor datur inuito, Curator verò non nisi petenti, & volenti præterquàm in litem *§. item inuiti. infr. hoc tit.* Item quod cùm pupillus sine tutoris autoritate nullomodo possit obligari ne quidem

Initio huius tit.

l. 1. D. de minor.

L. vlt. C. in quib. caus. non est necess. in integr. rest.

l. 1. & tot. tit C. si tut. vel curat. interuen.

Differentiæ quæ sunt inter tutorem & curatorem.

l. In negotiis 5. de reg. iu.

§ item inuiti. hoc tit.

quidē naturaliter, Nisi locupletior factus sit quo casu etiam ciuiliter obligatur, ita vt possit cōueniri ex rescripto Diui Pij, Puberes tamē sine curatoribus suis rectè obligantur *l. puberes* 101. *De verb. obligat.* Etsi solent nostri passim pupillo æquiparare adultū qui habeat curatorē ex *l. si curatorem habens* 3. *C. de in integr. rest. minor.* Quod tamen nos in præcedentibus & suo loco refutauimus ex *d. l. puberes*, cuius verba illa *sine curatoribus suis* ostendūt manifestè tractare ibi Iureconsultū de adultis non qui curatorem non habeant, sed qui habeant. Planè si quid sit quod ad causam administrationis bonorū pertineat, Certum est id expediri non posse per minorem sine authoritate sui curatoris cuius datio alioqui frustra esset *d. l. si curatorem.* Quanam porrò lege constitutum sit vt puberes quoque si minores sint annis vigintiquinque curatorē accipere debeant, non satis constat, Sunt enim qui legi Lætoriæ id adscribant. Alij qui prouidentiæ potiùs prætorum. Vtcumque sit illud sanè constat non ex lege 12. tab. hoc descendere, ex qua eæ solæ curationes proficiscuntur, quæ furiosum dementium & prodigorum causa sunt comparatæ, Ad quarum exēplū etiam aliæ postea inductæ sunt pro muto, surdo, & aliis huiuscemodi personis quæ rebus suis superesse non possunt. Ad hoc porrò Principium referri multa possent quæ in libris nostris tractantur, De in integrum restitutione minorum curatorem habentium, sed quæ tamen melius est referri in tractatū illum vberrimum qui alterius est loci De restitutionibus in integrum ne materias confundamus, qui hoc tantùm agimus, vt suo quamque loco tractemus & leges omnes non tam sub iis titulis, sub quibus collocatæ sunt à Triboniano, quàm sub suis Principiis ex quorum applicatione facilem nancisci possint explicationem.

l. puberes 101. *de ver. oblig.*
l. 3. *C. de in integr. rest. minor.*

PRINCIPIVM II.

De tutoribus testamento datis confirmandis.

CVratores ab iisdem magistratibus dantur à quibus & tutores. Testamento autem nō dātur, ne quidem à patre, sed tamen si testamento dati sint, nec aliud quicquam impediat, confirmantur à magistratu §. 1. *hoc titu.* Prior pars Principij rationem illam habet, quòd cùm eadem mente & fini curatores dentur minoribus & tutores pupillis, Nempe vt qui res suas, vel nullomodo, vel non satis prudenter gerere per se possunt infirmitate consilij & ob lubricum ætatis, alieno consilio regantur, Itémque ex eadem causa, quod ætas vtrisque impedimento sit ne sibi ipsis benè consulant, Æquissimum sanè fuit iisdem magistratibus eam curam iniungi, Nec hoc solùm, sed iisdem etiam magistratibus eam potestatem dari creandi curatores quibus dandi quoque tutoris potestas concessa esset. Neque enim omnes magistratus potestatem illam habuerunt tametsi omnes aliquam iurisdictionem habuerint & imperium, Nimirum quia tutoris datio, neque imperij est, neq; iurisdictionis *l. muto* 6. §. *tutoris datio D. de tutel.* Sed ij tantùm quibus hoc ius specialiter datum est, vel ex nouis legibus, vel ex Imperatorum constitutionibus *l.* 1. 2. 3. & *pass. D. de tutor. & curat. dat. ab his qui dand. ius hab.* Tantòque magis fuit hæc potestas danda prouidentiæ magistratuum, quod alij quàm magistratus dare curatorem non possunt quippe qui testamento dari nullomodo potest, vt

§. 1. *hoc tit.*
l. muto 6. §. *tutoris datio de tutel.*

hoc idem Principium nostrum habet, At tutorem dare testamento pater potest, atque ita facere ne vlla magistratus, siue prouidentia, siue authoritas in eam rem necessaria sit. Cùm ergo non ferè minùs indigeant curatoribus minores, quàm pupilli tutoribus, Tantò magis necesse fuit eam potestatem magistratibus dari, Nec tamen fuit difficilè constituere quibus danda esset cùm iam sciretur quinam magistratus tutores dare possent. Etsi probabilius est ab initio eandem potestatem tutores dandi & curatores iisdem magistratibus simul concessam esse. Ne alioqui nimiæ imprudentiæ reos faciamus eos qui primi tale ius in tutoribus induxerunt, qui non vidissent eandem subesse necessitatem idipsum constituendi etiam de Curatoribus. Cur verò non possint curatores testamento dari quomodo & tutores dantur, ratio iam sæpius à nobis allata est in superioribus. Illa nimirum, quod lex duodecim tabularum quæ prima testandi ius dedit de tutela duntaxat locuta sit non de curatione *l.verbis legis* 120. *de verb.signific.* Neque verò æquum visum est tantam potestatem dari patri vt etiam testamento curatorem filio suo dare posset, Non quia curatoris potestas maior quàm tutoris quæ ex contrario longè minor est, vt diximus, sed quia multò maioris esset potestatis curatorẽ quàm tutorẽ testamẽto dare quãdoquidẽ id ipsum nihil aliud esset quàm patri permittere, vt patriã suam potestatem in tẽpus vsque vicesimi quinti anni completi extenderet, quam satis fuit in diem vsque pubertatis prorogare, Cùm tutela iure patriæ potestatis mandetur *l.impuberi* 40.*in fin.* D.*de admin.tut.* Nam & inde fieret, vt neque testandi licentia filio quandiu in curatoris sui potestate esset danda videretur, cùm fieri nequeat vt testamenti factionem actiuam habeat quisquis in alterius potestate esse intelligitur. Siquidem lex duodecim tabularum in concedenda testamenti factione non nisi de patrefamilias locuta fuit, vt alibi tam sæpe memorauimus. Sed & consequens esset, ita posito iure, vt quemadmodum tutorem impuberi, ita curatorem puberi dare pater posset, non minùs in curatoris iure ac potestate fore puberẽ quàm sit pupillus in iure ac potestate tutoris, siquidem ex eadẽ causa eodémq; patriæ potestatis iure vtrumque proficisceretur. Et tamẽ esset id absurdum haud dubiè cùm minoribus non tanta insit necessitas habendi curatoris, quanta pupillis habendi tutoris. Habent enim puberes consilium aliquod & iudicium licèt minùs firmum, Impuberes verò prorsus nullum. Quod cùm ita sit illud magis mirari quis possit. Cur à patre datos in testamento curatores magistratus confirmare debeat, cùm ea datio nullo iure subsistat. Sed respondendum est confirmari à magistratu non tam factum quàm iudicium patris, Magistratu scilicet subsequente duntaxat iudicium & voluntatem patris, sed ita vt curator ita confirmatus non idcirco curator testamentarius dici possit, Nisi eo fortassis sensu quo curatorem testamento nominatum diceremus. Non enim à testamento, sed à magistratu potestatem suam totam accipit. Subsequitur verò magistratus voluntatem patris, quia nihil melius habet quòd possit facere nec eo minoris momenti debet esse paternum iudicium apud bonum magistratum quod legum auxilio destituatur, quamuis nullius momenti sit quod ad leges ipsas, Aliud quippe est de lege iurísq; ratione, Aliud verò de patris iudicio ac voluntate disputare, & ad Prætoris officium pertinet, vt non minùs patris quàm legis voluntatem subsequatur vt in *l.pater* 10. §.1.D.*de capti.& postlim.* Si modò testator præter leges tantùm fecerit, vt in proposito, non etiam

l.verbis legis 120. de verb.signifi.

l. impuberi 40.in fin D. de admin. tutor.

Cur patris testamento datus curator confirmãdus sit à magistratu.

l.pater 10. §.1.de capt. & postlim.

contra leges. Sic tutorem minùs ritè testamento datum prætor confirmat siue ab eo datus sit tutor à quo dari non potuit, siue ei cui non potuit, siue vbi non potuit, siue quando non potuit *l.1.& tot.tit. De confirm.tutor. vel curat.* D.& C. Verùm hoc ita si nihil aliud impediat, vt Principium nostrum habet, quoniam si qua iusta causa sit propter quam pupillo periculosum futurum sit si patris voluntatem in eo prætor sequatur, Maiorem habere prætor debet rationem vtilitatis pupilli quàm voluntatis patris siue causa illa superuenerit post testamentum patris, siue præuenerit, itémque siue cognita fuerit patri siue ignota *l. in confirmando* 8.*cum duab.seqq.D.de confirm.tutor.* Nam vt sæpius monuimus iura omnia quæ de tutoribus & curatoribus constituta sunt sicuti non nisi propter pupillos comparata fuerunt, ita ex eorum tantùm commodis & vtilitatibus æstimanda sunt. Porrò quinam magistratus habeant ius dandi & tutores & curatores tractatur in *tit. D. de tutor. & curat. dat.* cuius tituli leges ferè omnes & singulas explicauimus ad *Princip.4. De tutel.*

l.1.& tot.tit. De confirm. tut.

l. in confirmando 8. cũ duab. seqq. eod.

PRINCIPIVM III.

De non dando curatore adolescenti inuito præterquàm in litem.

INuiti adolescentes non accipiunt curatorem præterquàm in litem *§. item inuiti hoc tit.* Ratio est quia possunt illi omnia cætera præterquàm litem facere per se ac sine curatore *l. puberes* 101. D*e verb.oblig.l.3.C. de in integr. restit. minor.* In quo differunt à pupillis qui nihil facere possunt sine tutoris authoritate *l. in negotijs* 5. *De reg.iur.l.1.& tot.tit.* D. *de author.tutor.* Litis causa sola excipitur, idque non solùm ipsius minoris fauore vt eius defensio melius instruatur, sed etiam & potissimùm fauore iudiciorum & rerum iudicatarum, Ne tam facilè, & iudicium & res iudicata subuertatur petita postea per minorem in integrum restitutione, non quasi restitutio impediri possit ex eo solùm quòd minoris liti curator adfuerit (non enim eo minùs restitui minor potest etiam aduersus rem iudicatam *l. cùm & minores 4.& tot.tit.C. si aduers. rem iudic.*) sed quia non tam facilè est vt ritè rectéque defensus minor lædatur, nec proinde vt restituatur, In quo versatur ratio quædam publicæ vtilitatis ad quam maximè pertinet ne rerum etiam malè iudicatarum authoritas tam facilè labefactetur *l. seruo 65.§. cùm prætor D. ad SC. Trebell. l. si fundus 16.§. si pluris D. de pign.* Itaque placet ob hanc causam minores & adultos non habere personam legitimam standi in iudicio sine curatore *l.2.& 3.C. qui legit.person.stand. in iudic. hab.* Adeóque peremptorium contra eos propositum nullius esse momenti *l. contra pupillum* 54.D.*de re ind.* Et idcirco posse illos cogi etiam inuitos, vt in hanc causam accipiant curatorem, *l.3.& vlt.C. de in lit.dand.tut.vel curat.* Nulla hac parte inter pupillum & adultum admittenda differentia, Ne alioqui in adulti potestate sit recusando curatorem id assequi vt neque conueniri neque condemnari ritè possit *d.l.4. C. si aduers. rem ind.* Planè si minor causam suam egerit aut alteri agendam mandauerit, quamuis sine curatore, & obtinuerit nõ eo minùs valebit sententia pro eo lata, quæ si contra eum reddita esset, non valeret. Minoribus enim ætas in damnis subuenire, non etiam in rebus prosperè gestis obesse consueuit *l. non eo minùs 14.C. de procurat.*

§. item inuiti hoc tit.

l. in negotijs 5. de reg.iur.

l.4.& tot.ti. C. si aduers. rem iudic.

l. seruo 65.§. cùm prætor ad SC. Treb.

l.2. & 3. C. qui legit. pers. stand. in iudic. hab.

l. contra 54. de re iudic.

l.3 & vlt. C. de in lit. dand.tut.

l. non eo minùs 14. C. de procurat.

l.1.D.de minor.

NEque huic Principio contrarium est, quod ait Vlp. in *l.1.D.de min.* In illam vsque ætatem annorum vigintiquinque completorum adolescentes hodie regi auxilio curatorum, nec eis administrationem rei suæ committi debere quamuis benè rem suam gerentibus. Est enim locus ille intelligendus de iis minoribus qui semel habuerũt curatorem, aut saltem tutorem, à quo velint res suas recipere, Quod sanè difficilius permittendum illis est, quàm ei de quo nunc tractamus, id est qui moriente patre iam adultus, ob idque tutoris habendi incapax, nullum habuit vnquam curatorem nec habere vult, vt non detur ei curator inuito. Atque ita locum illum accipiendum esse constat ex *l. 2. eod. ill. tit.* De *minor.* vt nos fusiùs explicauimus in Rationalibus.

L.2.eod. tit. de minor.

PRINCIPIVM IV.

De curatore dato ad certam causam.

d §. item inuiti. l. certarum 12. cum seq. D. de test. tut.

CVrator etiam ad certam causam dari potest *d. §. item inuiti.* In eóque nimirum differt etiam à tutore qui neque certæ rei, neque certæ causæ dari potest, ne quidem in testamento *l. certarum 12. cum trib. seq.* D. *de testam. tutel.* Ratio differentiæ est quam nos in superioribus attulimus & inculcauimus sæpius, quod non quemadmodum tutor ita etiam curator personæ datur, sed tutor quidem personæ primum & principaliter quæ & indiuidua semper est, & bonorum vniuersorum causam necessariò ad se trahit tanquã dignior & principalior, Bonis verò ipsis non nisi per consequentias, Curator verò è contrario non personæ sed rebus. Quidni ergo in rem etiam certam, aut in aliquam certam causam perinde atque ad omnia? Excipiendus tamen est curator ille, qui datur in locum tutoris absentis causa reipublicæ. Hic enim dandus est in rem omnem & in omnem causam quia tutoris locum & vicem interim obtinet cũ tutor non esse desinat qui abest reipub. causa quia non perpetuã, sed temporalem tantùm habet excusationem, Tutor autem cuius hic vices gerit in omnẽ rem datus fuerat, Quæ sententia & ratio est *l. in omnem rem 15. & seq.* D. *de tut. & curat. dat. & §. pen. hoc tit.*

l. in omnem rem 15. & seq. D de tutor. & cur. dat §. pen. hoc tit.

ILLATIO I.

De curatore dato minori ad litem duntaxat.

l.1. C de in lit. dand. tutor.

EX hoc Principio fit, vt adulto curator dari possit ad litem duntaxat *l. 1. & tot. tit. C. de in lit. dand. tutor.* Vt & ad alium actum quemlibet, quem ideò pragmatici vulgò appellant Curatorem ad actum: Quorũ omnium nihil est quod de tutore tractari possit. Neque enim tutor vnquam datur in litem, aut ad actum, Nisi eo demum casu quo actus talis sit ad quem expediendũ nõ possit curatoris authoritas sufficere, vt puta si pupillo aliqua sit adeunda hereditas: nam curatoris authoritas in eam rem inutilis est, vt in specie *l. cùm in vna 17. §. 1. D. de appell.* Ex qua specie petendum est exemplum ad id quod scribit Marcianus in *l. impuberi 9. D. de tut. & cur. dat.* Impuberi ad hereditatẽ adeundã, vt tutor detur ex causa permissum esse. Impuberi scilicet tutorem iã habenti sed eũ tamen tutorem qui authoritatem præstare pupillo vel nolit, quoniã à datione prouocauerit vt in *d. §. 1.* vel non possit quoniam fortè absit aut valetudine

l. cũ in vna 17. §. 1. de appellat. l. impuberi 9. D. de author. tutor.

impe-

impediatur vt in *l. curator* 11. D. *de tutor. & curat. dat. l. solet* 13. D. *de tutel.* Possumus dicere generalius cum Paulo in *l. curatorem* 19. D. *de author. tutor.* Curatorem interdum etiam impuberi dari posse sed ad ea quæ sollennitatem iuris desiderant explicanda tutore authore opus esse. Nempe quia lex duodecim tabularum ex qua fluxerunt eæ quas dicimus legis actiones aut legitimas, tutores solos agnoscit non etiam curatores nisi quos dat furioso dementi & prodigo, vt suprà diximus. Cæterùm si proponas delatam esse hereditatem impuberi nullum adhuc tutorem habenti, non est dubitandum, quin tutor ei dandus sit non ad actum illum adeundæ hereditatis, sed simpliciter & generaliter ad rem & causam omnem.

l. curator 11. *de tutor. & cur. dat. l. solet* 13. *D. de tutel.*
l. curatorem 19 *D. de author. tutor.*

ILLATIO II.

De non dando curatore habenti tutorem nisi ex magna causa.

SEcundò ex eodem Principio fit, vt tutorem habenti non soleat nec possit dari curator nisi ex magna causa. Id est, nisi talis casus contingat in quo tutor impediatur ne authoritatem præstare possit puta ob valetudinem vel absentiam *dict. l. solet* 13. D. *de tutel. dict. l. curator* 11. *l. in omnem* 15. *& sequent.* D. *de tutor. & curat. dat.* Nam cùm tutor necessariò detur in omnem rem, inque omnem causam siue testamento datus sit siue à lege duodecim tabularum, siue à magistratu, Omnino consequens est vt nulla res nullaque causa sit, in quam dici possit curatorem dandum esse aut dari posse. Ex quo illud etiam fit, vt si curator petitus fuerit absenti, sed absente tutore, quasi nullum tutorem habenti, nulla sit datio, haud aliter quàm si tutorem habenti tutor petitus esset per ignorantiam & errorem facti, vt in specie *l. tutor si petitus* 10. D. *de tut. & curat. dat.* Quamquam multò facilius est vt habenti tutorem curator detur, quàm vt tutor. Nam nec aliam ob causam tutorem iam habenti curator dari solet & debet, quàm quod tutor dari non possit, ac quasi in subsidium *§. interdum hoc tit.* Tutores enim plures simul quidem dari possunt, quoniam eo casu omnes vnius ferè vice funguntur, At separatim non possunt *l. simul plures* 23. *D. de tutor. & curat. dat.* Quid ergo si pupillo datus tutor siue à lege siue à prætore aut præside idoneus quidem non sit ad benè diligentérque administrandum, nec tamen fraudulenter negotia administret? Iusta quidem hæc causa est dandi curatoris, sed an in locum tutoris minùs idonei? Nequaquam. Nec enim id fieri posset quin remoueretur tutor à tutela, vel saltem ab administratione quod tamen oneraret haud dubiè hominis licèt minùs idonei tamen innocentis existimationem à quo ponimus nihil fraudulenter factum esse. Curator igitur hoc casu dandus est, & quidem in omnem rem omnémque causam ne qua ex parte pupillus periclitetur, sed ita tamen vt non in locum tutoris datus videri possit, sed vt tutori adiungatur *d. §. interdum*, cuius generalior vsus est quoties talis itáque vel diffusa vel perplexa est administratio tutelæ vt ei solus tutor sufficere per se nō possit quātúuis diligēs & frugi paterfamilias proponatur *d. l. solet §. 1.* vbi additur huiuscemodi adiutorē periculo ipsius tutoris cōstitui. Quod sic accipiēdū est vt proinde ab ipso tutore & nominetur & cōstituatur. Cuius n. periculo quid est, de eo disponere pro arbitrio ille potest. Idque & Iust. noster monet in *§. vl. huius ti.* vbi ait, si tutor aduersa valetudine vel qua alia necessitate impediatur quominus negotia pupilli administrare possit, & pupillus

d. l. solet 13. *D. de tutel.*
d. l. curator 11. *l. in omnē* 15. *& seq. D. de tutor. & cur. dat.*
l. tutor si petitus 10. *D. de tutor. & cur. dat.*
§. interdum hoc tit.
l. simul plures 23. *D. de tut. & cur. dat.*
Curator adiunctus, & adiutor tutelæ.
d. § interdū.
d. l. solet § 1.
§. vl. hoc tit.

vel absens vel infans sit, vt nihil possit ipse gerere neque per se neque tutore authore, atque ideò prorsus necesse sit geri omnia per tutorem, Debere hoc casu quem tutor velit actorem periculo ipsius tutoris constitui decreto prætoris, vel Præsidis qui ei prouinciæ præest: Vt per eiusmodi actorem qui & inde nomen sumpsit, agantur omnia quæ tutor ipse agere solus, id est absque pupillo, quamuis pupilli nomine deberet, si neque valetudine neque alia vlla necessitate impediretur. Est verò notandus hic casus tanquam à cæteris omnibus de quibus hucusque diximus valde diuersus. Non enim hoc casu tractari potest de dando infanti vel absenti curatore, cùm generale ac perpetuum sit vt curator nihil facere aliud possit quàm authoritatem ei præstare cuius curator est. In quo differt maximè à tutore, qui omnia ipse facere pro pupillo ac sine pupillo tamen potest nisi si quid sit quod pupilli personam factúmque personale requirat, quod euenit potissimùm in adeunda hereditate. *l. more* 8. *l. pupillus* 9. *D. de acquir. hered.* Atqui non potest authoritas præstari pupillo nisi cùm aliquid agit pupillus, qui porrò nihil agere potest siue absens siue infans sit. Frustra ergo tractes de dando huic curatore propter casum & impedimentum tutoris, siue de eo curatore agas quem dari aliàs solere & debere diximus in locũ tutoris ad tempus excusati vt in *l. curator* 11. *l. in omnem rem* 15. *& seq.* D. *de tutor. & curat. dat.* Siue de eo qui tutori adiungendus sit tanquam adiutor tutelæ. Hic enim æquè non nisi curator est nec ob id plus iuris & potestatis habet quòd tutori adiungatur, vt possit ipse quicquam per se principaliter facere nomine pupilli quomodo tutor posset si nulla re impediretur. Rursum neque tutor aliquis hoc casu dandus est pupillo, quem verum est, licèt aut absens aut infans sit, habere iam tutorem. Reliquum igitur est, vt permittendum sit tutori actorem constituere, qui per se & pupilli nomine ex mandato tutoris quasi eius quidam vicarius agat omnia quæ tutori ex officio incumbunt peragenda. Quod ipsum tamen quoniam neque ex potestate legis duodecim tabularum fieri potest quæ de solis tutoribus locuta de actoribus istis nihil cauit, Neque ex ratione iuris est vt tutelam sibi mandatam alteri quis demandare possit quæ nec ad heredem vnquam transit *l. tutela* 16. §. 1. D. *de tutel.* necesse fuit induci ex authoritate prætorum, adhibito in eam rem decreto, id est ita decernente prætore, vel præside prouinciæ, vt huic actori quem ex arbitrio & voluntate tutoris idem Prætor nominauerit tanta potestas detur quanta tutori ipso iure competeret ad ea omnia facienda quæ alioqui non magis à tutore propter impedimentum temporarium, quàm à pupillo ipso propter absentiam aut infantiam fieri possint. Quid igitur si tam diffusa sint negotia vt iis benè administrandis non possit tutor etiam diligentissimus sufficere, An de actore huiusce modi constituendo tractandum erit? Ita videtur sentire Paulus in *l. decreto* 24. *D. de admin. & peric. tutor.* Sed tamen non puto id verè dici posse nisi eo demũ casu quo pupillus vel absens sit vel fari non possit: Alioqui si præsens sit & fari possit, aliud remedium ordinarium est quod faciat ne decretum prætoris necessarium videri debeat, Nempe vt tutore suo authore constituat procuratorem, qui exinde possit omnia facere quæ pupillus posset. Domini enim est constituere procuratorem *l. 1. & tot. tit.* D. *de procurat.* Pupillus autem dominus est non tutor nisi post litem demum contestatam, ideóque nimirum tantò magis necessarium est vt actorem constituat cùm procuratorem constituere non possit *l. neque tutores* 11. *C. eod. tit. De procur.* Neque sanè Paulum nostrum

Actor tutelæ.

l. more 8. *l. pupillus* 9. *de acquir. hered.*

l. tutela 16. §. 1. *D. de tutel.*

l. decreto 24. *D. de adm. tut.*

l. neque tutores 11. *C. de procur.*

aliter

aliter sensisse vel scripsisse credendum est in *d.l.decreto*. In qua proinde versic. illle *si tamen nondum fari pupillus potest vt procuratorem facere possit aut absens sit* non sic accipi debet vt nouam periodum constituat, sed iis quæ immediatè præcedunt coniungendus est vt ea limitet ac restringat hoc sensu, acsi scriptum esset, solere quidem decreto prætoris actorem constitui periculo tutoris quotiescumque aut diffusa sunt negotia, aut ætas aut valetudo tutoris id postulat: sed hoc tamen ita demùm si nondum fari pupillus possit aut si absens sit ab eo scilicet loco in quo tutor est, vt certum sit non posse ab illo ex tutoris sui authoritate constitui procuratorem. Alioqui nec decretum videri potest necessarium, nec consequenter adhibendum, quippe cui interponendo sola necessitas locum facere soleat *l.ventre* 84. D. *de acquir. hered. l. sed etsi* 5. D. *de bonor.poss.contr.tabul.l.scriptus heres* 12. D. *de Carbon. edict.* Quod cùm ita sit, abundant verba illa quæ apud Paulum sequuntur in *dict. l. decreto*, *tunc actor necessariò constituendus est*, Addita vtique ab imperito aliquo interprete qui nouam inchoans periodum ab illis verbis *si tamen* mancam illam & mutilam esse putabat nisi sequentia ista adderet quæ nos delemus. Aliter enim interpretantibus fatendum erit his tantùm duobus casibus decretum esse necessarium, quod verum vtique est, sed aliis illis de quibus dictum prius est, id est si vel diffusa sint negotia tutelæ vel dignitas, aut ætas aut valetudo tutoris id postulet decretum quidem necessarium non esse, sed tamen non eo minùs interponi solere. Quæ sententia sanè falsa est, Non quidem ex illa parte quæ negat decretum iis casibus esse necessarium (nec enim tale videri potest cùm possit pupillo prospici constituto per eum procuratore ex authoritate tutoris quoties pupillus neque absens neque infans est) sed ex qua parte adfirmat decretum hoc nihilominùs interponi supradictis casibus solere, Cùm vt iam dictum est numquam interponi soleat nec debeat nisi cùm necesse est, tanquam quod aliam rationem nullam habere possit præterquàm necessitatem. Sed hæc de curatoribus minorum dixisse sufficiat. Nam cætera quæ in hoc tit. tractantur à Iustiniano pertinent ad curatores furioso & prodigo datos à lege duodecim tabularum. Item ad eos qui à magistratu dandi sunt muto, surdo & aliis huiuscemodi personis debilibus quæ rebus suis superesse non possunt. De quibus omnibus tam copiosè scripsimus in præcedentibus ad *Tit. De tutel.* vt vix aliquid addi possit. Poterant & ea ferè omnia quæ ad huius tituli Principia pertinent ex illis peti, sed tamen fuerunt etiam suo loco & sub hoc tit. ea Principia collocanda, Nec titulus hic De curatoribus prætermittendus, licèt tractatus non potuerit nec debuerit disiungi à tractatu illo longè copiosiore De tutoribus. Cætera quæ ad tit. seq. De satisdationibus tutorum & curatorum spectant suo etiam loco explicauimus, Nec quicquàm causæ est cur hìc repetere debeamus.

d.l.decreto.

Decretum prætoris nūquam nisi ex necessitate interponēdum.

Emendatus Paulus in d. l.decreto.

AD TIT. XXIV.

De excusat.tutor.

PRINCIPIVM I.

De onere & munere tutelæ quòd sit publicum & ciuile, sed non reipublicæ.



l. 3. l. 5. hoc tit. D. l. non tantùm 17. §. eos eod. l. filiusfamilias 9. De his qui sui vel alien. iur. sunt. d. l. non tantùm §. is qui

VTELA, *itémque cura onus & munus est, publicum quidem & ciuile sed non reipublicæ.* Onus esse nemo dubitat, sicque appellatur in *l. tria onera 3. l. 5. & pass.* D. *hoc tit.* Nec enim parum oneratur, qui alieni patrimonij administratioñe periculo suo suscipere cogitur. Esse autẽ onus & munus publicũ testatur Iust. initio huius tit. quod & scriptũ est in *l. filiusfamilias* 9. D. *de his qui sui vel alieni iur. sunt. l. nõ tantũ* 17. *§. eos D. hoc tit.* Quò pertinet quod scribit Callistratus in *l. non tantum* 17. *§. is qui* D. *eod.* Eum qui ædilitate fungitur posse tutorem dari, quoniam, inquit, Aedilitas inter eos magistratus habetur, qui priuatis muneribus excusati sunt, id est ab iis tantùm quæ sunt priuata, in quorum numero hoc non est, cùm sit publicum. Nec possum satis mirari Cuiacium qui ex eo potissimùm loco defendit, ad *l. 6. §. grammatici hoc tit.* tutelam munus priuatum esse non publicum, quòd inquit excusatio sit argumentum iure dati tutoris, Quasi verò Callistratus scribat Aediles qui à priuatis muneribus excusationem habent, etiam à tutela posse excusari: Quod ipsum tamen potiùs negat cùm ait posse Aedilem tutorem dari scilicet cum effectu vt neque se possit excusare. Omnis quidem excusatio præsupponit vtilem tutelæ dationem. Sed non vicissim omnis tutelæ datio vtilis includit consequentem excusationis proponendæ facultatem. Fatetur tamen Cuiacius tutelam esse munus ciuile, Nec negat inter munus publicum, & ciuile nihil esse discriminis: Sed vult vtrumque esse per consequentiam duntaxat, quòd tutela pertineat etiam ad publicam vtilitatem, At non principaliter, inquit: Ego verò fateor non tam principaliter pertinere quàm si esset munus reipublicæ, sed tamen contendo pertinere tam principaliter quàm aliud quodlibet munus quod per se ac principaliter possit dici publicum & ciuile, non tamen reipublicæ. Porrò munus & onus quod publicum est ciuile quoque esse dicimus, quia nec alia dicuntur publica, quàm quæ sunt populi & ciuitatis, Vnde & publica appellantur, quasi populica, & ciuilia. Sícque à Modestino appellatur in *l. si duas 6. aliàs l. athletæ §. tutela D. hoc tit.* vbi additur, quod Principium nostrum habet, non esse tamen hoc munus reipublicæ, id est tale vt rempublicam curare videatur is, qui tutelam vel curam, aut vt nostri aliquando loquuntur curationem vel curatoriam gerit. Curat enim tractátque rem pupilli vel adulti, quæ non magis est reipublicæ quàm si ad alterius cuiuslibet priuati hominis patrimonium pertineret *l. 3. §. vlt.* D. *de pecul. l. 1. §. vlt.* D. *de magistr. conuen.* Etsi reipublicæ quoque interest pupillorum, & adultorum qui sibi per ætatem consulere non possunt bona conseruari, Vnde est quod publicum hoc & ciuile munus appellatur, tanquam quod

quod etiam ad reipublicæ & ciuitatis curam pertinere debeat. *l.2.§.qua autem aliàs l.Diuus* D.*qui pet.tutor.vel curat.*

Ex hoc Principio vnico nascuntur & proficiscuntur omnia quæ pertinent ad hunc tractatum *De excusat.tutor.& curat.*

ILLATIO I.

De necessitate suscipiendæ tutelæ aut adferendæ excusationis.

ATque illud imprimis vt omnes qui tutores vel curatores dari possunt cogantur onus suscipere, nisi adferant excusationem. Regula enim iuris est, Neminem ab oneribus & muneribus publicis immunem esse, nisi qui iure publico excusationem habeat *l.1. & tot. titul.* D. *de vacat. & excusat. muner.* vbi monet Vlpianus, Omnem excusationem sua æquitate niti debere, esséque in eam rem ius dicentis necessariã autoritatem, Ne si aliquam excusationem prætendentibus sine iudice credatur, aut passim sine temporis præfinitione prout cuicumque libuerit permissum fuerit se excusare, non sint qui munera necessaria in rebus publicis obeant. Illi ergo tantùm non coguntur esse tutores si dati sint, qui vel dari non potuerunt, vel nullam excusationem proferre possunt. De prioribus tractat Modestinus in *l.scire oportet* 13.*§. qui non iustè* D. *hoc titul.* vbi ait, Eos qui non iustè tutores dati sunt, hoc est vel à quibus non oportet, vel quos non oportet, vel quibus non oportet, vel quo non oportet modo, si neque confirmentur, neque administrationi se immiscuerint immunes esse. Adeò vt nec opponi eis possit quòd constituta excusationum tempora non obseruauerint, quia, inquit, non habent excusationis necessitatem. Exempla ibidem subiicit de tutore dato ab auo materno, Aut à magistratu cuius non fuerit suppositus iurisdictioni. Neuter enim ipso iure tenetur hoc munus suscipere. Non datus ab auo materno, quia cùm non habeat ille nepotem ex filia in potestate, non potest tutorem ei testamento dare: siquidem ius hoc pendet ex iure patriæ potestatis *§. permissum supr. de tutel.* Non datus à magistratu iurisdictionem nullam habente in eum quem tutorem dedit, Quia licèt tutoris datio neque imperij sit neque iurisdictionis *l.muto 6.§. tutoris datio* D. *eod. titul. de tutel.* non alius tamen tutorem dare potest quàm cui ea iurisdictio & potestas data est *§. sed hoc iure Inst.de Atil. tutor. l. 1. l. 3. & pass.* D. *de tutor. & curat. dat.* & vt eleganter ait Cuiac.ad *l.1.hoc titul.* Licèt tutoris datio non sit iurisdictionis, cogendi tamen tutoris ratio iurisdictionis est. Et ideò cuiusque iurisdictionis modus seruandus est. Vnde fit quod Tryphoninus scribit in *l. penultim.§.penult.* D. *hoc tit.* Romæ datos tutores eos tantùm accipiendos esse qui vel à præfecto vrbis, vel à prætore dati sunt, si eos excipias quos quis testamento tutores dederit in testamento confecto Romæ vel in continentibus. Nempe quia non alij magistratus in vrbe sunt, qui tutorem dare possint, præter Præfectum vrbi & Prætorem. *d.§.sed hoc iure.*

l.1.de vacat. & excusat. muner.

l. scire oportet 13.§. qui non iustè D. hoc tit.

§ permissũ sup.de tutel.

§.sed hoc iure sup.de Atil. tut.l.1.et 3. De tutor. & cur. dat.

l.pen §.pen. hoc tit.

De posterioribus verò qui tutores ideò esse non coguntur quod aliquam habeant excusationem, quia diffusior tractatus est, dicemus latiùs & specialiùs in sequentibus. Dummodò præmoneamus quod ad hunc tractatum generale est Tutores & curatores excusatos adeò esse

l. 1. D. qui pet. tutor. & curat. in fin.

immunes & securos vt nec alium tutorem pupillo petere cogantur. *l.2. D. qui pet. tutor. in fin.*

ILLATIO II.

De excusando eo qui alioqui suscipiendo tutelam nimis oneraretur.

SEcundò ex eodem Principio fit, vt si quando quis in ea causa sit vt si delatam decretámque tutelam susciperet, nimis oneraretur, soleat ea res iustam præbere excusationem. Ciuilis enim legislator sicuti non patitur ciuilia & publica munera à ciuibus suis detrectari ne damnum aliquod respublica patiatur, ita nec permittit adeò premi eos vt opprimantur, Ne oppressis ijs ad quorum onus res pertinet, eueniat facilè vt simul viris & viribus respublicæ destituantur *l. & qui originem 3. §. præses prouinciæ D. de muner. & honor.*

l. 3. §. præses prouinciæ D. de mun. & honor.

Varia & præcipua excusationum genera & veluti capita.

AD hanc porrò excusationis causam varia excusationum capita referuntur, sed illa præcipuè si quis ob liberos se excusare velit, si ob tutelas, Si ob translationem domicilij, si ob inquilinatum, si ob diuersitatem prouinciarum, si ob nobilitatem ciuitatis, si denique ob tutelam iam susceptam, gestámque velit quis excusare se à cura. De quibus singulis ex ordine videamus.

De excusatione ob liberos.

INter varias excusationis causas vna hæc est vt plerumque tutores & curatores propter liberos excusentur: Si enim tres liberos Romæ quis habeat, vel in Italia quatuor, vel in prouincia quinque potest à tutela vel cura excusari, Exemplo cæterorum munerum, Nam & tutelam & curam placuit publicum munus esse, inquit Iustin. initio huius tituli. Cùm enim tutela sit onus, vt Principium nostrum habet, iámque satis oneratus videatur qui tam multos habet liberos, quos scilicet alere debeat & exhibere iisque omnia parare *l. si is qui 56. §. ibi dos & sequent. D. de iur. dot. l. penultim. D. de agnosc. & alend. liber. l. nihil interest 50. §. sed numquid D. de bon. libert.* æquum sanè est tanti oneris rationem haberi ne supra modum oneretur is qui tot habet liberos si prætereà tutelam suscipere compellatur. *l.1. Cod. qui numer. liber. se excus.* Ergo quod scriptum est in *l.1. Cod. de his qui numer. liber. lib. 10. titul. 51.* numerum liberorum ab oneribus non excusare sic accipiendum est vt non quilibet numerus excuset sed vt certus tantùm & constitutus, vt constat ex *l. 4. & 5. eod. tit.*

Iustin. initio huius tit.

l. 1. C. qui numer. liber. se excus. l. 1. 4. & 5 C. de his qui numer. liber. lib. 10. tit. 51.

Quales sufficiat vel oporteat esse liberos ad excusationem.

EA res facit vt nihil hac parte referat, an liberi sint in potestate an emancipati vt Iustin. hîc scribit post Modestinum in *l. 2. §. remittit & sequent. D. hoc tit.* vbi posteaquàm scribit liberorum multitudinem dare remissionem à tutela vel curatoria id est iustam excusationem, subiungit oportere vt liberi illi sint legitimi, at non etiam vt sint in potestate quod & scriptum est in

l. 2. §. remittit & seq. D. hoc tit.

l. 2. §.

l.2.§.incolumes De curat.& excus.muner. Nempe quia emancipati non minùs sunt oneri patri vt eos alere cogatur & exhibere, sicut & vice mutua liberi etiam emancipati alere parentes ex prætoris edicto compelluntur *l.si quis à liberis* 5.§.1.*D.de agnosc.& alend.liber.* Etsi enim filius post emancipationem habetur iure ciuili pro extraneo *l.quinetiam* 55.*in fin.D.de rit.nupt.* tamen sicuti reuera & naturaliter remanet filius, quia ciuilis ratio iura naturalia corrumpere non potest *l.eas* 8.D.*de capit.minut.* ita & pro tali habetur apud prætorem qui nihil nisi naturalem æquitatem & veritatem inspicere solet rescissa emancipatione *l.* 3. *§. si emancipatus & tot.tit.De bonor. poss. contr.tab.* & apud Iustin.*Tit.de bonor.possess.* Illud sanè mirum videri potest, cur liberos qui excusationem præbent naturales esse oporteat, nec sufficiat quòd sint legitimi & adoptiui. Cùm nemo dubitet, quin liberi adoptiui perinde ac naturales sint oneri patri adoptiuo: *l.pen.*D. *de adopt.* Contrà verò, Cur in adoptionem dati liberi etiam naturali patri adhuc prosint, ad quorum onus amplius non pertinent. Verùm respondendum est, Liberos non naturales, id est qui tantùm legitimi sunt, iedò non prodesse ad excusationem quòd eorum onus vltro subiit is qui accepit eos in adoptionem, cùm neque ignorans quisquam adoptet, aut adoptetur *l.neque absens* 24. *& l.seq.*§.1. D. *de adoption.* Ideóque sibi debet imputare qui tale onus sibi vltrò quæsiit, sicuti dicemus posteà de illo qui tres tutelas, vel curas habet, aut aliquas ex iis affectatas, quas certum est non tribuere excusationem *§. item tria onera hoc titu.* Ideò autem iidem liberi prosunt patri naturali, quia fieri facilè potest, vt dissoluatur adoptio, & eo casu filius in adoptionem datus redeat in familiam & potestatem patris naturalis, eiúsque oneri sit acsi nulla vnquam adoptio interuenisset, cùm finita quandocumque adoptione nullum vestigium ex pristina patris adoptiui potestate retineatur *l. in omni ferè iure* 13. *D. de adoption.* Quo casu eueniente fieret vt pater naturalis qui interea tutelam suscepisset, nimis grauatus inueniretur. Id ergo ne accidat dicendum est interim excusari eum debere, Inspecto scilicet eo non quod iam euenerit, sed quod euenire possit, vt in *l. diximus* 4. *D. hoc titu.* quia liberi, qui non potuissent ad excusationem tempore creationis, prodesse postea numquam possent *l.2.§.oportet & §.numerum eo.l.2.§.qui ad munera* D. *de vacat. & excusat. muner.* Hoc verò longè indubitatiùs hodie obtinet post *l. penult. C.de adoption.* in qua Iustinianus contra iuris veteris rationem induxit, vt iura patris naturalis non nisi certis casibus & ad certum vsque modum per adoptionem dissoluantur. Ergo quod scriptum est in *dicta lege* 2.§.*legitimos* D. *hoc titu.* legitimos liberos esse oportere omnes qui prosunt ad excusationem non sic accipiendum est, quasi sufficiat, vt sint legitimi (sic enim fieret vt adoptiui prodesse deberent quod falsum est *dict. l.2.* §.*adoptiui de vacat.& excusat.muner.* Ne alioqui in cuiuslibet potestate sit adoptionis commento immunitatem sibi acquirere *l.si ita quis* 51. §.1. *de leg* 2. *l. fideicommissum* 76. *de condic.& demonstrat.* sed ita scriptum est ad exclusionem liberorum qui naturales tantùm sint non etiam legitimi, Naturales inquam non qui sint spurij, aut nati ex concubina (hi enim ne quidem naturales dicebantur olim non magis quàm liberi *§.si aduersus supr.de nupt.* cùm naturalium liberorum nomen hoc sensu esset prorsus incognitum li-

l.2.§. incolumes de vacat. & excus.muner.

l.pen. de adopt.

§.item tria onera hoc tit.

l.in omni 13 *D.de adopt.*

l. diximus 4.*D.hoc tit.*

l.2.§.oportet & §.numerum eod.

l pen. C.de adopt.

l.2.§.legitimos D. hoc tit.

l.2.§. adoptiui de vacat. & excus. muner.

Qui sint naturales liberi.

bris nostris ante tempora Constantini vt dixi ad *tit. De nupt. ex Iustin. Nouell. 89. in prin.)* sed qui concepti natique sint in seruitute, Hi námque sunt quos naturales solent dicere Iureconsulti ad differentiam eorum, qui vel naturales sint & legitimi, vel naturales tantùm *l. Lucius 88. §. Dama vers. Claudius de leg. 2. l. vlt. D. de iur. delib. l. Lucius 45. De vulg. & pupill. substit.* Nec sanè alij liberi vnquam tribuunt immunitatem quàm qui ex iustis nuptiis suscepti sunt, vt eo veluti præmio inuitentur homines ad iustas nuptias contrahendas, replendámque liberis hominibus ciuitatẽ *l. 1. D. solut. matr. l. 2. C. de indict. viduit. tollend.* (quomodo & alia pleraque olim habuit priuilegia πολυπαιδία quæ vide apud Cuiac. ad *l. 2. D. hoc tit. ex l. 7. §. si plures de bon. damnat. l. 9. C. de decur. l. 2. D. de minor. l. 1. C. de legat. l. semper. 5. §. 1. de iur. immunit. l. 13. C. de decur.*) Non quasi imputari quicquam possit iis qui in seruitute liberos susceperunt cur eos ex iustis nuptiis non quæsierint, quas vtique contrahere non potuerunt, tametsi maximè voluissent, ideóque nimirum habent priuilegium, vt quos in seruitute susceperunt, ij liberorum nomen habeant, quamuis cum hac nota, naturalium, Sed quia per eos tãtùm qui ex iustis nuptiis quæsiti sunt reipublicæ dignitas augeri & amplificari creditur *d. l. 2. C. de indict. viduit. tollen.* Qui verò nati sunt ex concubina cur etiam hodie non prosint ad immunitatẽ ratio euidens est ne huiusmodi spe immunitatis viderentur homines inuitati ad concubinatum potiùs quàm ad nuptias, id est ad turpitudinẽ potiùs quàm ad honestatem. Concubinatus enim licèt legitimum nomen habeat, ideóque extra legis pœnam sit *l. 3. §. 1. de concub.* coitum tamen illicitũ significat, iure diuino & pontificio prorsus prohibitum, Ciuili verò toleratum quidem, sed non permissum, vt scripsimus ad eum *tit. De nupt.*

l. 2. C. de indict. viduit. tell.

L. 3. §. 1. de concub.

Liberos qui immunitatem præstant viuos esse oportere.

EST verò superioribus consequens vt liberos qui immunitatem præstant viuos esse oporteat, & quidem eo tempore quo tutores patres dantur, imò quo petuntur, vt addit Cuiac. ad *l. 2. hoc ti. ex l. tutor petitus 28. eod.* Ad exclusionem scilicet eorum qui post petitionẽ nascuntur, Quomodo dicimus priuilegium fori quæsitum post vocationem in ius nihil prodesse *l. si quis 7. D. de iudic.* Qui autem antea decesserunt his non connumerantur, sicut neque nocent qui postea moriuntur *d. l. 2. §. oportet & §. numerum D. hoc tit. d. l. 2. §. qui ad munera D. de vacat. & excus. muner.* Nimirum quia nec iam mortui, nec qui nõdum nati sunt oneri sunt patri, ac proinde cessat in iis ratio immodici oneris, quæ hanc excusationem, vt diximus induxit. Cessat autem quantum ad iã mortuos, in perpetuum, quia non reuiuiscunt, Quantum verò ad posteà susceptos similiter quidem in perpetuum, sed alia ratione, Nempe quòd licèt iis postea natis onus nouum superueniat, eius tamẽ ratio haberi nulla potest quantũ ad munus iã antea susceptũ siue tutelę illud sit, siue aliud quodlibet: Cùm huiusmodi munera sint ciuilia, Ius autem ciuile nihil faciat, vel ad tempus, vel sub conditione, sed omnia perpetua, quia & ipsum perpetuum est *l. actus legitimi 77. de reg. iur.* Excusationum & immunitatum alia ratio est. Sunt enim quædã ex iis perpetuæ, quædã verò temporales, qualis illa est quæ sumitur ex paupertate *l. 4. §. deficientium D. de muner. & honor.* aut ex ratione domicilij quæ semper temporaria est *l. libertus 17. §. patris D. ad municip.* aut ex valetu-

d. l. 2. §. oportet & §. numerum hoc tit. d. l. 2. §. qui ad munera de vaca. & excus. muner.

L. tutor petitus 28. D. hoc tit. l. si quis 7. D. de iudic.

Ius ciuile perpetuum est.

l. 4. § deficientium de muner. & hon. l. libertus 17. §. patris ad municip.

valetudine *l. idem Vlpianus* 12. *eod.* Ratio diuersitatis est, quia excusationes omnes sola æquitate nituntur *l.* 1. *in princip. De vacat. & excusat. muner.* Æquitatis autem regula non plumbea est, sed Lesbia quæ nunc se in hanc, nunc in illam partem deflectit pro personarum & temporum varietate. Qua de causa dubitari non ineleganter potest, Cur non ergo temporalis sit illa quoque excusatio, quæ sumitur ex numero liberorum, vt qui amisit liberos, excusationem quoque hoc ipso amisisse videri debeat. Sed facilis responsio est, Liberos post excusationem allatam receptámque amissos ideò non nocere, quòd eodem tempore alium tutorem dari necesse fuerit qui tanquã purè ac in perpetuum datus non idcirco potest desinere tutor esse quod alius qui excusatus fuerat, liberos exinde amiserit. Cæterum si post allatam admissámque si voles excusationem, nullodum tamen alio tutore creato liberos amiserit is qui iã fuerat excusatus, quod vtique facilè potest contingere, Aut si ponas tutorem anteà datum decessisse, aut qua alia ratione tutelam finitam esse, non dubito quin possit tutor nunc fieri is qui nullam nunc iustam habet, licèt antè habuerit ob liberos excusationem, Ac proinde erit his casibus hæc quoque excusatio temporalis. Id enim omnino cõsequens est ei, quod Modestinus scribit in *d. l.* 2. 5. *numerum hoc tit.* Numerum liberorum qui determinatus est constitutionibus, adesse oportere vnicuique tunc cùm creatur, vt intelligamus prioris temporis quo alius creatus sit rationẽ haberi nullã posse, quoniam nunc alia tutela est. Et contrà, quandiu nulladum creatio facta est, tamdiu de iure ac æquitate excusationis quæri posse.

l. 1. *de vacat. & excus. muner.*

Excusatio ob numerũ liberorũ potest esse temporalis.

De filiis bello amissis.

ILlud non est prætermittendum quod Iustin. addit in hoc tit. Filios qui in bello amissi sunt prodesse, at non omnes, sed eos solos qui in acie amittuntur. An quia sint illi adhuc oneri patri? Minimè. Sunt enim potiùs honori. Sed quia vt eleganter Iustin. ait, hi qui pro republica ceciderunt, in perpetuum per gloriam viuere existimantur, si autem viuerent, oneri essent patri, & consequẽter prodessent ei ad immunitatem. Atque ita haud dubiè accipiendum est quod alioqui nimis generaliter scriptum est in *l. vlt.* D. *de vacat. & excus. muner.* Ad excusationem munerum prodesse filium qui in bello amissus est. Nec enim alii videntur pro Repub. cecidisse, quàm qui in acie perierunt, vt ex Vlp. proditum est in *l. bello amissi* 18. *D. hoc tit.* vbi tamen mirum videri possit quod additur *cuiuscumque sexus, vel ætatis sint.* Quasi verò etiam fœminæ & impuberes possint militare & in acie occumbere. Verùm dicẽdum est quamuis neq; fœminæ, neq; impuberes ad militiam admittãtur posse tamẽ fieri, vt amittantur in acie. Aciem enim cùm dicimus conflictum illum intelligimus in quo bellantes interimuntur. Fieri autem potest obsessa fortassis vrbe ab hostibus populi Romani, vt qui intra vrbem sunt impuberes & fœminæ dum pro salute & nomine populi Romani dimicatur, simul cum militibus trucidentur: quod cùm euenit, non minùs verum est eos & per causam belli abreptos fuisse parentibus & pro republica cecidisse, quod sufficit vt patri prosint ad immunitatem, quamuis milites non fuerint. Planè qui per solam belli causam amissi sunt fortè in obsidione quidem, sed morbo & morte naturali, non possunt videri, aut in acie, aut pro republica cecidisse, at nequidem in bello, quamuis per causam & occasionem belli, ob idque nec suis

L. vlt. D. de vacat. & excus. mun. *l. in bello amissi* 18. *D. hoc tit.*

parentibus prosunt. Multò minùs prodesse possunt qui bello capti sunt necdum reuersi *l.2.C.de his qui num.liber.lib.*10.*tit.*51.quia scilicet possunt reuerti, Quo casu futurum est, vt semper in ciuitate fuisse videantur ex postliminij fictione quæ ideò quandiu captiuus apud hostes viuit omnia retinet in suspenso *§.si ab hostibus supr.quib.mod.ius patr.potest.soluit.l.illa institutio* 32. *§.*1. *De hered.instit.*

l.2.C.de his qui num. liber.

De filio qui est in vtero.

QVi autem in matris vtero adhuc est licèt in plerisque partibus iuris comparetur iam nato, tamen neque in tutela, neque in reliquis ciuilibus muneribus prodest patri *d. l.2. §.qui autẽ* D.*hoc ti.*quia nimirũ nec illi adhuc est oneri, quãuis futurus speretur: Nec rursum habetur vnquã pro nato, cùm possit non nasci nisi in iis quæ ad cõmodum ipsius pertinent *l.qui in vtero* 7. *l.qui in vtero* 26.*D.de stat.homin.*Excusatio autem de qua agimus non filij qui in vtero est commodum respicit, sed patris, cuius porrò immunitas ita eius propria est vt ad liberos extendi non possit: cùm ideò proprium præmium immunitatis propter filios patribus datũ sit quòd illi eadem onera & munera sint aliquando subituri *l.3.§,quamuis maior* D.*de muner.& honor.*iunct.*l.semper* 5.*§. immunitati D.de iur.immunit.*Eadem ratio facit vt nec patri prosit posthumus qui in vtero est ad remissionem annorum, vt pater maturiùs honores adipiscatur, vt ex Accursio defendit Cuiac.ad *l.*2.D.*hoc tit.* Nam nec matri prosunt in SC. Tertylliano si abortũ illa fecerit *l.quod dicimus de ver.signific.*Nec legatariis prodest is qui est in vtero ancillæ hereditariæ *l.in falcidia* 9.D. *ad leg.falci. secus est in specie l.vlt.*D.*de bon.damnat.*iunct.*l.*7.*de stat.homin.*vt ex legis vtriusque coniunctione bene obseruat idem Cuiacius, vbi alia multa eleganter ac eruditè vt solet posthumis, Et quibus in casibus pro natis habeantur.

L. 2.§. qui autem D. hoc tit.

De liberis quorum status est incertus.

REquiritur etiam vt liberorum iam natorum certus sit status, id est vt non dubitetur quin liberi sint *l.*1.C.*qui num.liber.se excus.*Nã ij de quibus dubitatur an sint liberi non possunt prodesse patri de quo similiter dubitari necesse est an sit pater. Nec enim patri sunt oneri vllomodo liberi, nisi ex quo constat esse liberos, cùm neq; aliter debeãt ali ab eo *l.si quis à liberis* 5.*§.si vel parens* D.*de agnosc.& alen.liber.*Requiritur etiam vt certum sit eos esse ciues. Nam qui ab hostibus capti sunt non prosunt cùm status eorum pendeat, & interim verè sint serui, vt iam diximus ex *l.*2.*C.de iis qui numer.liber.*iunct.*§.si ab hostibus supr.quib.mod.ius patr.potest.soluit.*

De *excusatione ob filias vel ob nepotes ex filiis masculis, siue masculi sint, siue fœminæ.*

CÆterùm non solùm filij tribuunt remissionem & excusationem, sed etiam filiæ, adeóque nepotes ex filiis masculis, siue masculi sint, siue fœminæ *dicta lege* 2.*§.non solùm* D.*hoc titu.* vbi ratio redditur, quia constitutio Seueri quæ totum hoc ius induxit, nusquam de filiis loquitur, sed semper de liberis, quorum appellatione certum est, non tantùm filias, sed etiam nepotes contineri. Ex quo apparet, huius excusationis non illam esse rationem quam quidam putant, quòd qui liberos tam multos susceperunt dederint reipublicæ per quos ea munera obiri possint

d.l.2. §. non solùm D.*hoc tit.*

arg.d.

arg.d.l.3.§.quamuis maior de muner.& hon. Nec enim ea ratio caderet in filias, quæ scilicet propter sexum tutelam, aut curam gerere prohibentur, quia virile officium est, Nisi si quando ex Principis rescripto id eis permittatur *l.vl.D.de tutel.* Et tamen filiæ tribuunt perinde excusationem *d.§.non solum & l.bello amißi 18.eod.tit.De excus.tutor.* Vera igitur ratio illa est, quam attulimus, quòd liberi sint oneri patri, ob idque facere debeant ne magis oneretur. Nec minùs filiæ quàm masculi, Quinimò tantò magis quòd onus filiarum durius videtur quàm masculorum, vel id maximè quod per filias non potest conseruari familia, quæ per masculos conseruatur *l.1.in fin.D.de iur.immunit.* iunct. *l.pronũciatio 195.§.vlt.de verb.signific.* Planè sunt personalia quædam munera quæ etiam fœminis pro condicione sexus indicuntur, Et ab his fœminæ quoque excusantur exemplo marium numero quinque superstitum liberorum *l.pen. C.de his qui numer.liber.libr.10.tit.51.* At si constitutio Seueri de liberis generaliter locuta est, Cur inquies, etiam nepotes ex filia nõ prosunt ad excusationem? Nemo enim dubitat quin liberorum appellatione perinde comprehendantur, atque nepotes ex filio *l.1.C.de condic.insert.l.vl.D.de pollicit. l.cognoscere 56.§.1.de verb.signific.l.2.D.qui satisd.cogant.* Ratio aperta est ex Principio ipso, quia liberi ex filia suscepti non sunt oneri auo materno, sed patri, aut auo paterno, cuius & nomen & familiam sequuntur *l.penul.D.de agnosc.& alend. liber.* Sanè nec aliter prosunt auo paterno nepotes ex filio suscepti, quàm si eorum pater sit mortuus cuius locum illi suppleant auo *l.nepotes 3. C. de his qui num.liber.libr.10.tit.51.l.2.C.qui numer.liber.* cùm subintrent in locum defuncti patris & ipsius si non personam semper, saltem gradum repræsentent *§.cùm filius Inst.de hered.quæ ab intest.defer.* Quandiu enim pater viuit, debent liberi ei prodesse non auo, tametsi non minùs sint oneri auo quàm pater ipse *d.l.pen.* Quæ dubitandi ratio est propter quam videantur debere nepotes prodesse auo paterno etiam viuo patre. Ac omnino ita esset si non possent prodesse patri. At quia neque possunt non prodesse patri cui sunt coniunctiores quàm auo cuius personam non contingunt nisi per mediam personam patris *l.dotem 6.D.de collat.bonor.* neque fieri potest vt duobus prosint, necessariò consequens est vt auo prodesse non debeant, nisi mortuo demum patre. Nam nec sibi ipsis prodesse possunt cùm prosunt patri *dicta lege 3. §. quamuis maior De muner. & honor.* Nec quod etiam viuo patre sint oneri auo paterno, potest sufficere. Alioqui si hoc vnum inspiciendum esset, etiam vxor & serui qui ad patrisfamilias onus æquè pertinent *l.si is qui 56.§.is qui D.de iur.dot.* ei prodesse deberent, quod tamen nemo vnquã dixit. Onus enim liberorum proprio quodam iure immunitatem hãc meruit, propter adnexum fauorem reipublicæ cuius maximè interest ampliari imperium adiectione hominum, vt Hadrianus dicebat, cuius rescriptum refert Paulus in *l.vlt. §.si plures D.de bon.damnat.l.2.C.de indict.viduit.tollend.l. hoc modo 64. in fin.D.de condic.& demonstr.* iunct. *d.§.quamuis maior.* Hoc scilicet præmio proposito: Vnde & priuilegium appellatur in *l.amicißimos 36.in fin. D. hoc tit.* Non videntur autem nepotes liberi esse auo quandiu patrem habent, Nec ei qui ex vno tantùm filio plures nepotes habeat, plures ciues debet respublica, sed vnum tantùm, Ex quo illud etiam fit, vt etiam plures sint, tamen non nisi pro vno numerentur vt subiungit Modestinus in *d.l.2.hoc tit.* quia non nisi vnam personam, vel vnius personæ gradum repræsentant: Quæ ratio etiam

l.3.§.quamuis maior D. de muner. & honor.

d §. non solum & l.bello amißi 18. eod.tit.

l.1.in fin.de iur. immunit.l.pronunciatio 195.§. vlt.de ver. signific.

l.pen. de liber. agnosc.

§.cùm filius Inst.de her. quæ ab intest. defer.

l. vlt. §.si plures de bon.damna. l. amicißimos 36. in fin. D. hoc tit.

ius successionis in stirpes induxit inter nepotes si quando habeant succedendum auo, siue soli, siue cum patruo superstite *d.§.cum filius*. Simile quiddam est in *l.magistratus 25.D.ad municip.* Illud quærendum restaret, Cur is numerus ad immunitatẽ potiùs quàm alius præscriptus sit trium scilicet liberorum in vrbe, quatuor in Italia, quinque in prouinciis. Sed est ea res ex earum numero quarũ nulla satis bona ratio ex iure sumpta reddi potest, quia non iuris recepti est & commentitij, sed constituti, & quidem vt credibile est constitutione illa Seueri, quã refert Modestinus in *d.l.2.D.hoc tit.* Sæpius enim monuimus ad ista tantùm quæ iuris constituti sunt pertinere quod iactari solet, Non omnium quæ à maioribus constituta sunt rationem reddi posse *l.non omniũ 20.D.de legib.* ad quã nominatim ita scripsimus in Rationalibus. Dici tamẽ potest minorẽ liberorũ numerũ sufficere Romæ, quàm in Italia & in Italia quàm in prouinciis, quia videatur interesse populi Romani ampliari hominũ adiectione vrbẽ Romã potiùs quàm Italiam, & Italiam potiùs quàm prouincias, propterea quòd maiestas reipublicæ in vrbe potissimum resideret, potestas verò in Italia, Tametsi Pompeius cùm & vrbem, & Italiam desereret, dicere soleret, Non esse rempublicam in parietibus. Quod ipsum verène ac prudenter ab eo dictum sit, an potiùs vt fugæ, quam instruebat, infamiam tegeret, ex ipso tandem belli euentu apparuit. Planè constitutio Seueri de tutoribus testamentariis tantùm locuta est, Sed non minùs protracta est ad datiuos, adeòque ad curatores quamuis ij testamento dari vtiliter nunquam possint. Imò etsi à prætore curator detur mente capto, aut furioso, aut prodigo placet æquè excusari eum debere ob numerum liberorum. Ex eadem nimirum æquitatis ratione, Quod quia verbis constitutionis omissum fuerat, necesse fuit à prudentibus obseruari, vt factum est à Modestino in *d.l.2.§.hoc autem*, & à Callistrato in *l.pen.§.vlt.D.hoc tit.* Sic in *l.quæsitum 13.D.de testib.*

l. magistratus 25.D.ad municip.

l.non omniũ 20.D.de legib.

d.l.2.§. hoc autem & l. pen.§. vlt. D. hoc tit. l. quæsitum 13. D.de testib.

De excusatione ob tutelas.

ITem qui habet tres tutelas, aut tres curatorias, aut commixtim tres curatorias & tutelas, & quidem adhuc manentes, hoc est nondum excedẽtibus ætatem pupillis & minoribus, hi excusantur ad tutelam, vel curatoriã vocati *l.2.§.vlt.D.hoc tit.* vbi manifestum est, in illis verbis *aut commixtim tres curatorias & tres tutelas* abundare posteriorem dictionem *tres*, Alioqui sex essent non tres. Ratio huius excusationis est, quia tres tutelæ aut curatoriæ tria sunt onera *l.3.eod.tit.* Tria autem onera in domo vna esse sufficit *l.tria onera 5.eod.* iunct. *§.vlt.l.4.eod.* ne alioqui opprimeretur domus pluribus oneribus pressa oppressáque, Nempe si nulla ex iis tutelis & curatoriis fuerit affectata *§.item tria hoc tit.l.spadonem 15.§.est autem D.eod.* Sibi namque imputet qui affectauit, & eam sibi necessitatem vltro imposuit *l.si fideiussor 7.§.si necessaria D.qui satisd.cog.* Domũ autẽ vnã dicimus plures personas vnius potestati subiectas *l.1.C.de mun.& hon.li.10.tit.40.l.3.C.de filiisfa.& quem.pro his pat.teneat. eod. lib.tit.60.* Tutelarum verò numerum non ex numero pupillorum æstimamus, sed ex numero patrimoniorũ, Ita vt si quis tribus fratribus tutor datus sit qui patrimonium indiuisum habeant, vel quibusdam tutor & quibusdam curator, non nisi vnam tutelam, vel vnam curatoriã suscepisse credendus est *d.l.3. hoc tit.* Etsi enim tutor personæ datur principaliter non bonis nisi per consequentiam, præcipuum tamen onus & periculum tutelæ sicut & curatoriæ circa bonorum administrationem versatur. Proinde si sint plures fratres diuiso pa-

l. 2. §. vlt. hoc tit emẽdata.

l.3.eod. tit. l.4.§.vlt.l. 5.eod.

§ item tria hoc tit.l.spadonem 15.§. est autem eod.

l.1.C.de muner.& hon. lib. 10. tit. 40.l.3.C.de filiisfam.& quẽ.pro. his pater.teneat. eod. lib.tit. 60.

d.l.3.hoc tit.

ſo patrimonio, duæ tutelæ ſunt, Non enim numerus pupillorum, ſed difficultas rationum conficiendarum & reddendarum conſideranda eſt, inquit Paulus in *l. ſi is qui 31. §. vltim. eod. tit.* vbi addit quod mirum & notandum eſt, Putare ſe facturum rectè prætorem ſi etiam vnam tutelam ſufficere ad excuſationem quandoque crediderit, Scilicet ſi tam diffuſa & negotioſa tutela ſit, vt non immeritò pro pluribus cedere debeat. Quo exemplo dici fortaſſe ſimiliter non malè poſſit, Nec omnimodo excuſandum eum qui tres tutelas iam habeat ſi fortè tam exigua ſint patrimonia, vel tam expedita eorum adminiſtratio, vt pro tribus oneribus cedere non debeant. Nam & Calliſtratus ſcripſit magnitudinem patrimoniorum ineundam eſſe ſuſceptarum trium tutelarum in *l. non tantum 17. in princip. eod.* Addens, Etiam pupillorum ætatem conſiderandam eſſe. Nam ſi priorum pupillorum ætas, inquit, prope pubertatem ſit, ita vt tantummodò ſemeſtre tempus reliquum fuerit, aut eorum quorum ſuſcipere tutelam cogitur, non dabitur excuſatio, Idque principalibus conſtitutionibus caueri ait, Ex quo apparet verum eſſe quod dicimus, in tota hac quæſtione omnia ex qualitate & quantitate onerum eſſe æſtimanda *l. ſpadonem 15. §. eſt autem* D. *hoc tit.* de cuius ſententia dicemus ad illat. 9. *infr.* Nam & inde eſt quòd ſi pater alicuius, vel filius, vel frater qui eſt in eiuſdem patris poteſtate tria onera ſuſtineat quæ ad periculum patris ſui ſpectent, quia voluntate eius adminiſtrantur, omnibus excuſatio à tutela competit, non etiã ſi liberi non ex voluntate patris adminiſtrent *d. l. tria onera 5. eod. tit.* Nempe quia priore caſu non etiam poſteriore omnium onus eſt, & vnius domus. Loquimur enim de patre & liberis ſimul in eadem domo habitantibus & de oneribus, quæ vni domui non quæ ſeparatis contingunt *d. l. 3. §. vlt.*

l. ſi is qui 31. §. vlt. eod. tit.

l. non tantum 17. in princip. eod.

d. l. ſpadonẽ § eſt autem

d. l. tria onera & 5. d. l. 3. § vlt. D. *hoc tit.*

De duabus tutelis ſimul ſuperinductis quarum vna futura ſit tertia, alia quarta.

HInc etiam eſt quod ſi duas habenti tutelas aliæ duæ ſimul ſuperinductæ fuerint, quæ eſt ordine tertia debeat ei auxiliari ad remiſſionem quartæ, tametſi Imperator fuerit qui quartam iniunxerit non quaſi quartam futuram, ſed quaſi tertiam, Idémque eſt ſi quis ex mandato Imperatoris tertiam tutelã ſuſcipere iuſſus, antequàm cognoſceret Imperatoris mãdata, promotus ſit ad quartam. Sola enim tertia cum hoc caſu tenebit, non quarta. Quòd ſi ordo non apparuerit, ſed in vna die duæ creationes proponãtur in diuerſis chartis, electio danda erit non ei qui creatus fuit vtram velit ſuſcipere, Semper enim is eligeret leuiorem. Sed ei qui creauit, vtram à tutore ſuſcipi velit *l. ſi duas* 6. D. *eod.*

l. ſi duas 6. D. *hoc tit.*

De quarta tutela quæ ſuperuenit pendente appellatione à tertia.

AT dubitari elegantius poteſt, ſi quis duas habens tutelas, deinde ad tertiã vocatus appellauerit, & adhuc pendente iudicio appellationis ad quartã tutelam promoueatur, vtrum à quarta poſſit ſe excuſare propter tertiam, & omnino quartam illam dimittere, An verò proponere debeat excuſationem facta mentione tertiæ, id eſt ſub illa veluti condicione, ſi tertiam de qua litigat ſuſcipere cogetur, Ne alioqui ſi nihil de tertia dixerit, & poſtea ſuccumbat in cauſa appellationis, quartæ onus vltrò ſubiiſſe videatur. Proponit autem hanc quæſtionem Modeſtinus in *l. diximus 4. eod. tit.* Et refert conſtitutum

l. diximus 4. eod. tit.

fuisse à Diuo Seuero & Antonino, non oportere ad quartam promoueri eum qui appellauit à tertia, sed pendente tertiæ creationis excusatione illius finem expectandum esse, qui æquè futurus sit terminus dubij circa quartam creationem emergentis. Idque recta, inquit, ratione. Quamuis enim appellatio dicatur extinguere iudicatum *l.1.§.vlt.D.ad SC.Turpill.l.furti 6.§.1. D.de his qui notant.infam.* vt proinde nullum videatur decretum tertiæ tutelæ postquàm ab eo appellatum est, Tamen ea extinctio nō tam absoluta extinctio est quàm suspensio quædam quæ iudicati executionem differt in id vsque tempus quo de appellatione pronunciatum sit *l.si causa cognita 32.C.de transact.* Ac proinde si in proposita specie quartam tutelam præpostero ordine quis susciperet ante susceptam tertiam, eueniret vt post tertiam extantem & manentem iniusta tertiæ appellatione apparente, quatuor oneribus grauaretur extra & contra leges.

l.si causa cognita 32. C. de transact.

Si vnus ex pupillis qui iustam excusationis causam præbebat decesserit ante datam excusationem.

QVid rursum si is qui tres tutelas administrabat duobus pupillis tutor datus sit diuersis decretis, cùm posset excusari, & priusquàm excusationis causas allegaret vnus ex pupillis quorum iam administrabat tutelam, decesserit? Constat morte pupilli desiisse competere excusationem, & consequenter prius decretum tenere hunc tutorem quasi in locum tertiæ tutelæ quarta subroganda adeóque licèt deficientis tutelæ rationes nondum redditæ & purgatæ sint *l.vnic.C.qui numer. tutel.* Et ita concludit Paulus in *l.si is qui 31. in princip.D.hoc tit.* & addit rationem, *nam ipso iure tutor est, & antequàm excusetur.* Ex quo scilicet datus fuit, Nimirum propter vim & potestatem decreti. Non enim sufficit quòd possit quis excusari, nisi excusetur, Adeò vt si non sit admissa excusatio tùm demùm necesse habeat prouocare *l.scire oportet 13.in princ.eod.* non anteà, Frustra enim appellatur, id est non necessariò, quandiu excusatio allegari potest *l.1.§.si quis tutor.D.quan.appel.sit & intr. qua temp.* cuius scilicet allegatio semper commodior est minúsque exposita periculis præscriptionum quæ appellantibus opponi solent. Cæterùm si malit quis ab initio & ante propositam excusationem appellare à decreto quo tutor nominatus est, vtique non est prohibendus *l.tutor vel curator 20.D.de admin.tutor.l.cùm in vna 17.§.1.D.de appellat.l.4.D.hoc tit.l.tutores 18.C.eod.l.pen.D.de tutor.& curat.dat.* Atque ita accipiendum est quod scribit Modestinus in *d.l.scire*, Aduersus sententias aufferentes tutoribus excusationes licentiam iis esse appellandi, Non quasi ante sententias illas non liceat iis appellare, Sed quia post eas sententias non videretur appellatio permittenda tutoribus qui ab ipsa tutelæ datione non prouocassent, tanquam qui non ob reiectam excusationem tutores sint, sed ob præcedens tutelæ decretum, à quo nulla interposita prouocatione intra tempora constituta, non videantur postea audiendi si velint appellare. Sed non ita est, quia cùm non habeant necesse prouocare quandiu possunt se excusare, nihil est quod eis imputetur si non appellauerint, dummodò intra constituta tempora de quibus postea dicemus, allegauerint excusationem. Et ideò benè Modestinus in *d.l.scire*, posteaquam dixit neque datos tutores, neque testamentarios necesse habere prouocare, nempe quia se excusare possunt, nec potest iusta esse causa appellationis, quæ

d.l. si is qui 31.in princ. D.hoc tit.

l.scire oportet 13.in pri. eod.

l.1. §.si quis tut.D.quan. appell.sit & intr. qua temp.

d.l. tutor vel curator 20. D. de adm. tut.l.cùm in vna 17.§.1. D.de appel. l.4. D. hoc tit.l. tutores 18. C. eod.l. pen.D.de tutor. & cur. dat.

d. l. scire 13. hoc tit.

nis quæ non sit etiam iustissima excusationis, infert ex eo, Permittendum igitur iis esse vt à sententia excusationem aufferente possint appellare, nec summoueantur præscriptione quasi decreto acquieuerint à quo non appellarunt, Ea namque illatio est quæ verbis illis continetur, *Aduersus denique sententias auferentes eis excusationes licentiam habebunt appellandi*, Idémque ferè sensus est *d.l.tutores* 18.*C.hoc tit.* Ergo vt ad Paulum redeamus cùm sit ipso iure tutor is qui decreto datus fuit non solùm antequàm excusatio eius reiiciatur, sed & antequàm excusetur non est dubitandum quin proposita in specie tutela illa quæ per prius decretum data fuerat in quartam, coaserit in tertiam ipso iure post amissam excusationem. Quo admisso illud relinquitur, vt ab ea tutela, quæ per posterius ex duobus supradictis decretis data est, & quæ nunc quarta inuenitur perinde excusari tutor possit, atque poterat tempore decreti quo erat quinta. Perinde namque iusta est excusatio à quarta tutela, atque à quinta. Et hoc est quod Paulus concludit illis verbis *Potuit ergo à tutela eius qui nunc quarto loco inuenitur, excusari*. Quod addere necesse fuit, quia non priùs incipit locus esse quæstioni An excusari quis possit à quinta tutela, quàm certum esse cœperit non esse amplius locum excusandæ quartæ. An non enim stultus esset qui quæreret, Vtrum se habeat excusandum à quinta tutela is, qui à quarta iam se excusat. Hoc verò si ita sit difficile est intelligere quis possit esse sensus eius versiculi qui sequitur apud Paulum *sed cùm non sit excusatus, necessariò subeundum est onus illius quoque tutelæ*. Nec enim bona est consecutio, vt quis tutelam ideò suscipere cogatur quod nondũ sit excusatus si modò excusari adhuc possit. Iam verò ex Paulo diximus posse hunc excusari cui quinta tutela decreta fuerat. Quidni verò posset? Nisi fortè poneres elapsa iam esse tempora intra quæ debuit proponi excusatio. Sed non tractari à Paulo casum hunc apparet ex verbis illis præcedentibus *& priùs quàm causas excusationis allegaret*, itémque ex sequentibus *vbi desijt ei competere excusatio*: quæ probant amissam ab hoc tutore excusationem non propter lapsa tempora, sed propter defunctum intra tempus proponendæ excusationis vnum ex pupillis quorum idem tutor iam tutelam administrabat. Quid enim referret an defunctus esset necne si lapsus temporis iam ademisset excusationem? Sed neque potuit currere tempus excusationis allegandæ aduersus quintam creationem, quandiu excusatio potuit aduersus quartam admitti *l.diximus* 4.*eo.tit.* si modò sciri possit cuiusnam decretum fuerit tempore anterius *l.si duas* 6.*eod.* An ergo dicemus quod à quibusdam tentatum audio, totum illũ versic. esse inepti interpretis, vt & illa præcedentia *qui potuit excusari* quæ in Pand. Flor. asterisco sunt inclusa. Mouent illa etiam, quæ apud Paulum sequuntur: Sic enim subiicit, *Nec me mouet quòd dicat aliquis, Hócne exigi an administretur tutela? Hoc enim eò pertinet ne sit finita administratio. Cæterùm si periculum sustineat cessationis puto ei imputandam eam quoque tutelam*. Quorum verborum is haud dubiè sensus est, vt velit Paulus diluere obiectionem quæ fieri poterat contra id quod proximè & immediatè scripserat, Posse tutorem de quo agimus excusari à tutela eius qui nũc quarto loco inter pupillos eundem tutorem habentes inuenitur, Obiectio illa est, Ad excusandum eum qui tres tutelas habere dicatur requiri vt non tantùm tutor ille sit, sed etiam vt habeat administrationem. Si quis enim ob honorem solum tutor conscriptus sit vt loquitur Modestinus in *l. spadonem* 15. *§. si ciuitatis D.hoc tit.* id est si quis tutor sit honorarius, quamuis ad eum tute-

d. l. tutores 18.C.hoc tit.

d. l. si is qui 31.D.eod.

l. spadonem 15.§ si ciuitatis D.hoc tit.

l. quòd si fortè 14. §. 1. D. de solut. *d. § si ciuitatis & l. pen. D. de tutor. & cur. dat.*

læ periculum pertineat *l. quòd si fortè* 14. §. 1. *D. de solut.* constat tamen non connumerari tutelam hanc inter eas quæ excusationem tribuere possunt, non magis quàm si quis magistratus periculo suo tutorem creauerit, aut fideiusserit pro tutore *d. §. si ciuitatis l. pen.* D. *de tutor. & cur. dat.* Atqui in proposita specie tutor de quo tractamus nullam habuit quartæ tutelæ administrationem in id vsque tempus quo de quinta quoque tutela agatur, Ponimus enim numquã eũ se immiscuisse administrationi, neque quandiu pupillus vixit cuius tutela fuerat primùm tertia, neque post ipsius mortẽ, sed etiã hodie velle se ab vtraque tutela excusare, Nec minùs à quarta quã diximus iã in locũ tertiæ ipso iure subrogatã esse, quã à quinta quæ nõ nisi quarta esse potest, Ratione illa vtrique cõmuni quòd vtraque tutela & quarta & quinta eo tẽpore decreta sit quo hic tutor iã tres tutelas administrabat, Vt proinde inspecto vtriusque decreti tẽpore dubitandum non sit quin vtrumque decretum contra leges scriptum videatur, neque possit ex postfacto conualescere quod ab initio non tenuit, quamuis decesserit vnus ex pupillis cuius tutela causam præbebat excusationi. *arg. l. quod initio* 29. *& l. pen. De reg. iur.* Ergo quamuis verum sit quod Paulus pro vero habet, vt quarta tutela in locum tertiæ ipso iure subrogata sit non tamen erit bona consecutio, vt excusari possit hic tutor ab alia quæ incipiat esse quarta, cùm sit verum tertiam numquam fuisse administratam. Huius verò syllogismi propositionem maiorem Paulus satis obscurè & intricatè suo more expressit his verbis *Dicat aliquis, hócne exigi an administretur tutela*, pro eo quod voluit dicere dixissétque apertiùs *nonne hoc exigitur vt tutela administretur*? Nec multò dilucidior responsio est quæ adfertur in illis sequentibus *hoc enim eò pertinet ne sit finita administratio.* Sensus responsionis est, Quod dicitur non alium tutorem ob susceptam tutelam excusari posse quàm qui habeat administrationem, eò pertinere vt nihil prosit tutori quòd habeat tutelam, quam administrare amplius non possit, siue aliquando potuerit, nunc verò non possit puta si reipublicæ causa abesse cœperit, aut suspecti accusationem passus sit, aliúsque in eius locum curator datus fuerit vt in *l. quæsitum* 12. *D. de tutel. dict. l. quod si fortè* 14. §. 1. *D. de solut.* siue numquam potuerit administrare vt puta si non nisi honorarius tutor fuit. Cæterùm si & possit & debeat administrare, nec tamen velit, perinde tamen tutela hæc imputabitur ei numero qui necessarius est ad præbendam excusationem, quia exinde sustinet periculum propriæ cessationis, quod sufficit. *l. si quis tutor* 60. *D. de rit. nupt.* Addidi *propriæ cessationis* vt excludam tutelas honorarias, Nam & illæ sustinent periculum alienæ cessationis cùm imputari possit tutori honorario, non cur minimè administrauerit, nec enim potuit, tametsi plus iuris habeat saltem in accipienda solutione à debitoribus pupillaribus, quàm si administratio ei interdicta esset *dict. l.* 14. §. 1. Sed cur non fecerit suspectum tutorem qui poterat & debebat administrare *l. quoties* 9. §. *penultim. l. actus sui* 19. *D. de administr. tutor.* iunct. *dict. l. quòd si fortè* 14. §. 1. *De solut.* Atqui hic tutor de quo agimus, propriæ cessationis periculum sustinet ex quo die prius decretum cœpit eum tenere post amissam excusationem per obitum vnius ex pupillis quorum tutelam iam administrabat. Ergo imputanda ei est hæc tutela, non minùs quàm si eam administrasset. Quin etiam, quod mirabilius est, in suprascripta specie delatis simul duabus tutelis tertia & quarta, etiamsi tutor quartæ prius se obstrinxerit nulla excusatione allata quòd sciret non posse se recusare tria onera tutelarum, mallet autem quartam suscipere quàm tertiam cui se iam ipso iure

l. quæsitum 12. D. de tut. d. §. 1. l. quòd si fortè 14. de solut.

l. si quis tutor 60. D. de rit. nupt.

l. quoties 9. §. penul. l. actus sui 19. D. de adm. tutor.

obstrictum esse per imperitiam fortasse iuris non putabat, placet tamen grauius eum sustinere periculum pro tertia quàm pro quarta. Quartæ siquidem periculum non sustinet nisi ex quo iussus est administrare *l. qui iussus* 17. *l. qui negotiationem* 58. *§. testamento D. de admin. tutor.* quod esse potuit multo tempore post decretum cuius nulla potestas esse debuit ad obligandum ipso iure tutorem vt quaitam hanc tutelam susciperet quæ decernebatur contra leges, Quousque secutus esset iussus administrandi quem tamen sequi fuit necesse contra eum tutorem qui numquam se voluit excusare cùm posset. Tertiæ verò tutelæ periculum sustinet ex quo die datus fuit vt idem Paulus scribit in *d. l. si is qui §. illa quoque* post Papinianum in *l. tutores* 39. *§. tutor datus D. de administr. tutor.* id est non ex die decreti interpositi, sed ex quo demùm die primum illud decretum cœpit eum tenere ipso iure post amissam excusationem, quæ prioris decreti tempore competebat. Atque hæc proculdubio Pauli sententia est, Ex qua cùm appareat tractari ab eo casum illum quo tutor noluerit se excusare à quarta tutela, cùm posset, nihil certæ causæ est cur versiculum de quo quærimus aut inepto interpreti aut alij quàm Paulo ipsi tribuamus. Debet enim sibi imputare qui competente sibi excusatione vti noluit, acsi vel passus esset se confirmari vt in *l. Caius* 16. *D. hoc tit.* vel administrationi se vltrò immiscuisset vt in *l. idem Vlpianus* 12. *§. qui non iustè eod. tit.* Nihil enim interest an quis se administrationi immiscuerit, an verò in eum statum se coniecerit vt iuberi & cogi possit administrare, quomodo iuberi & cogi potest quisquis tutor datus neque excusauit se, neque appellauit *l. non quasi* 4. *§. sed enim D. rem pupill. salu. for.* Nisi quod hoc posteriore casu tenetur tantum ex die quo administrare iussus est, vt Paulus ait in *d. §. illa quoque*, quia prius decretū non valuit, nec tam potestate prioris decreti tenetur quàm potestate posterioris cuius interponendi necessitas sicut ex vicio prioris proficiscitur, ita nouam iustam causam habere debet, ne alioqui eodem vicio laboret, quo priùs. Habet autē pro causa voluntatē tutoris nolentis se excusare. Cū si prius decretū valuisset, exinde obligatus esset tutor, non ex quo tantū die administrare iussus esset *d. l. tutor* 20. *D. de adm. tut. l. pro officio* 20. *C. eo.* Ergo inter hæc duo decreta quibus quarta & quinta tutela contra leges data est, illa erit differentia, quod decretū prius ad quartā tutelā pertinēs confirmatur ipso iure & obligat tutorem per amissionē excusationis solam, Posterius verò per omissionem excusationis nec ipso iure, sed per subsecutum administrandi iussum, quia sola excusationis omissio non facit quin ea tutela sit quarta, ac proinde extra legitimum numerum, quod non similiter contingit in alia quæ priùs quarta postea facta est tertia. Aliud igitur Paulus respondisset si tutor hic non minùs à quarta tutela quàm à tertia se excusasset. Aut enim admissa fuisset excusatio, aut ob non admissam eam habuisset ille iustam appellandi causam. Et hæc quidem ad illū Pauli locū satis alioquin obscurum dixisse sufficiat. Nisi quod addendum est ex *§. idem euenire eiusd. leg.* nihil referre an ei qui iam tres tutelas habebat aliæ duæ datæ sint diuersis decretis, an verò diuersis testamentis. Nam & hoc casu priùs data tutela à qua potuit tutor excusari cōfirmabitur facietque illum tutorem ipso iure, ac nullo magistratus facto interueniente si pupillus ante allatam excusationem decesserit aliquis ex tribus priorum tutelarum, Posterior verò non aliter quàm si ob omissam per eum excusationem iussus sit à magistratu administrare: quod ipsum vix est vt fiat nisi post elapsa tēpora excusationum. At quia ex hoc ipso apparet multum interesse vtra ex tutelis prior sit, aut

l. qui iussus 17. l. qui negotiationem 58. §. testamento eod.

d. l. si is qui §. illa quoque hoc tit. l. tutores 39. §. tutor datus de adm. tutor.

l. Caius 16. D. hoc tit. l. idem Vlpianus 12. § qui non iustè eo. tit.

l. non quasi 4. §. sed enim D. rem pupill. salu. for.

d. l. tutor 20. D. de adm. tut. l. pro officio 20. C. eo.

§. idem euenire d. l. si is qui.

posterior, Monet Paulus si quæratur in hac specie quænam prior delata sit, nō tempus testamenti, aut apertarum tabularum inspici debere sed vel aditæ hereditatis si testamento vtroque tutores purè dati fuerunt, aut existentis condicionis si sub conditione, quomodo posse illos testamento dari non ambigitur *l. si quis sub condicione* 11. *D. de testam. tutel. l.* 3. *§. idem erit quærendum D. de suspect. tutor.* An quia tutelarum dies nec à die mortis cedit nec ab apertis tabulis non magis quàm libertatum aut vsusfructus legati sed ab adita demum hereditate si pura fuit datio, aut à die condicionis existentis si condicionalis, *l. 2. in princip. D. hoc tit.* Ita vulgo nostri putant post Bart. Sed hoc refutauimus in præcedentibus, cùm docuimus tutelas proficisci protinus à testatore ex *l. tutores* 7. *D. de testam. tutel.* Nec requiri aditionem hereditatis nisi tanquam condicionem sine qua non valerent tutelæ vt nec cætera legata vel fideicommissa quorum dies tamen cedit à morte testatoris *l. si nemo* 9. *eod. tit.* Quod tamen diximus de tutela condicionali, intellige etiam admissa Bartoli opinione, si cōdicio extiterit post aditam hereditatem. Nam cùm existentia condicionis nihil aliud faciat nisi vt datio quæ fuerat condicionalis fiat pura, ridiculum esset putare priùs cedere diem tutelæ condicionalis cuius condicio ante aditionem extitisset, quàm dationis puræ *l. pen. §. 1. D. hoc tit. l. si nemo* 9. *D. de testam. tutel.* Cùm tamen tutela nulla hereditario iure ad alium transeat *l. tutela* 16. *§. 1. D. de tutel.* superuacuum videtur quærere an tutelæ dies cedat ante aditam hereditatem, quomodo in vsufructu legato ratiocinatur Vlp. in *l. 3. D. quand. dies legat. ced.* Etsi Tribonianus in *l. vnic. §. libertatibus C. de caduc. tollend.* tractans de legatis quorum dies non cedit nisi ab adita hereditate, præsertim verò de libertatibus & vsufructu, nihil tamen adiicit de tutelis. Ideò fortasse quia tractat eo loco de legatis tantùm & de fideicommissis, Tutelæ autem nec legata sunt nec fideicommissa quia nec defuncti patrimonium delibant, ex quo potissimùm legata & fideicommissa æstimantur *l. legatum* 116. *de legat.* 1.

l. 2. in princ. D. hoc tit.

l. 3. D. quād. dies legat. ced. l. vnic. §. libertatibus C. de caduc. tollend.

Casus in quo potest quis licitè in quarta quoque tutela retineri.

ALius etiā casus est in quo quis potest licitè in quarta quoque tutela retineri nec vllam habet excusationem, is est si pupillum vnum ex iis quorum tres tutelas susceperat, abstinuerit bonis paternis, vt tractat idem Paulus in *d. l. si is qui §. eum qui*, vbi rationem addit, Quasi videatur hic tutor tertiam tutelam deposuisse hoc ipso quod deposuit curam administrandi patrimonij pupillaris. Ponimus enim patrimonium pupilli non in aliis bonis quā in paternis consistere, Alioqui & sententia, & ratio Pauli falsa esset, quæ tamē æquissima est abstento pupillo qui paterna tantùm bona habuit, Etsi enim nō eo minùs verum est heredem illum esse patris etiam post abstentionem *l. cùm quasi* 30. *§. sed etsi suus D. de fideic. libert.* non tamen habetur à Prætore heredis loco *l. si filius* 12. *D. de in interrog. in iur. fac.* nec patrimonium vllum habere intelligitur, quia ex die abstentionis bona paterna fiunt sub creditoribus *l. quoties* 44. *D. de acquir. hered.* iunct. *l. necessarys* 57. *eod. l. paterfamilias* 28. *de reb. autor. iudic. possid.* aliàs *l.* 13. *De priuileg. credit.* Et consequenter nullum onus sentit tutor ob hanc tutelam, qui nihil administrandum habet, ne quidem personam ipsam pupilli cui principaliter & directò datus fuerat, quia nec de suo pupillum alere tutor cogitur *l. vlt. C. de alim. pupill. præst.*

d. l. si is qui §. eum qui.

l. cùm quasi 30. *§. sed etsi suus de fid. libert.*

l. quoties 44. *D. de acq. hered.*

l. vlt. C. de alim. pupill. præst.

Peri-

Periculum tutelæ in magistratu non esse pro tutela ad excusationem.

EAdem ratio facit vt neque trium tutelarum numero adscribendum sit si fortè magistratus incidente ei creatione obnoxium se fecerit periculo tutelæ dando tutorem minus idoneum sine fideiussore saltem idoneo, Aut si quis fideiusserit pro tutore, Aut denique si tutor honorarius factus sit. Hi enim omnes etsi sunt expositi periculo tutelæ nullam tamen tutelam administrant, nec propriæ cessationis periculum vllum incurrunt, ideóque nec vllum tutelæ onus suscepisse videntur, vt suprà attigimus ex *l. spadonem 15. §. si ciuitatis D. hoc tit. l. pen. D. de tutor. & curat. dat.* Nec enim tutelæ periculum quod est sine administratione tutelæ onus dici potest, cùm fieri possit vt numquam eo nomine teneatur is cuius periculo fuit administratio, Nempe si is qui administrauit rectè ac ex pupilli vtilitate administrasse quandocumque probetur. At ipsa tutelæ administratio sicuti absque periculo esse vix potest, ita fieri nequit vt non sit onus, cùm quanto meliùs quis administrat, tantò maiorem diligentiam & sollicitudinem necesse sit vt conferat in res pupillares. Quæ porrò de pupillis & tutoribus diximus, ea intelligenda sunt dicta etiam de minoribus & curatoribus: In paucissimis enim distant illi quantum ad alia, Quantum verò ad hoc in nullo penitus *l. scire 13. in princ. D. hoc tit.*

d. l. spadonē 15. § si ciuitatis. l. pen. D. de tutor. & cu. rat. dat.

De illo qui tutelam filij sui emancipati administrat.

ILla dubitatio non inelegans est, quam ex Vlp. Modestinus proponit in *d. l. spadonē §. Vlpianus aliàs l. si quis eo.* Si quis inter tres tutelas emãcipati filij sui tutelam administret, quæ legitima parentum tutela dicitur, An in numero trium onerum hæc quoque tutela esse debeat. Ratio dubitandi est quia licèt huiusmodi quoque tutela administrationem habeat cum periculo coniunctã, Paterna tamen adfectio facere videtur, vt non debeat pater sollicitudinem hanc oneri adscribere, non magis quàm quòd suũ patrimoniũ ingens fortassè ac amplum curet. Nec enim quod filius emancipatus habeatur extranei loco post emancipationem *l. quinetiam 55. in fin. D. de rit. nupt.* facere debet vt paternæ adfectionis ratio penitus extincta videatur, cùm non eò minùs remaneat naturaliter filius, quia ciuilis ratio naturalia iura corrumpere nunquam potest *l. eas 8. D. de capit minut. §. vlt. supr. de legit. agnat. tutel.* Quam ob causam solet etiam Prætor rescissa emancipatione perinde conseruare successionis iura inter patrem & liberos emancipatos ac si nulla emancipatio interuenisset *l. 3. §. si emancipatus & tot. tit. De bonor. poss. contr. tab.* Sed tamen rescriptum est vt suprà dicto loco Modestinus refert, Emancipatæ quoque filiæ tutelam (in filio idem iuris est) numerari inter onera oportere. Quidni verò? Cùm non minùs incõmodi & sollicitudinis ex huiusmodi tutela sentire patrẽ necesse sit, quã ex alia qualibet. Atquin etsi post tres alias tutelas à patre susceptas hæc ei deferretur, non posset ille iure publico habere excusationem quia contra naturales stimulos facere videretur si se vellet excusare *l. amicissimos 36. §. vlt. D. hoc tit.* Sed ex hoc apparet tantò magis permittendum ei esse, vt ob hanc tutelam cum duabus aliis susceptam possit se excusare à cæteris postea delatis, cùm in eo nihil facturus sit contra stimulos naturales. Longéque facilius est vt se excuset pater filij emancipati ob tutelam legitimam, quàm vt à tutela legitima, Quia legitimi tutores ferè nullam habere possunt excusationem sicut neque excusant se à successione cuius intuitu lex facit eos tutores. Planè si intersit pupilli vt alius in locum legitimi tutoris detur curator, non solùm permittitur legitimo tu-

d. l. spadonē §. Vlpianus aliàs l. si quis hoc tit.

l. amicissimos 36. §. vlt. hoc tit.

l.non solùm 10.§ si libertus l.scire oportet 13.l. si pupillum 20. D.hoc tit.

tori vt se excuset, sed etiam si excusare se nolit remouendus est à tutela *l. non solùm 10.§.si libertus l.scire oportet 13.l.si pupillum 20.D.hoc tit.Dicemus infr.ill.7.De tempor.excusat.*

Tres tutelas non præbere excusationem quantum ad cætera onera.

l.3.C.de excus. muner. lib.10.

PRætermittendum illud non est,tres tutelas etiamsi præbeant excusationē ne quis tutelam quartā suscipere cogatur,nihil tamen prodesse ad immunitatem quantum ad cætera onera *l.3.C.de excus.muner.libr.10.tit.47.* An quia cætera munera sint fauorabiliora? Minimè.Nam è contrario data generaliter immunitate semper tutelæ exceptæ intelliguntur nisi cùm aliter expressum est vt in *l.si duas 6.§.1.l.Geometræ 22.D.hoc tit.*iunct.*l.2.C. de excus. artific. lib.10.tit.*64.aut cùm plenissima immunitas concessa est vt etiam tutelæ comprehendãtur *l.non tantum 17.§.1.& 2.D.hoc tit.*Sed quia nihil simile aut commune habent onera tutelarum cum cæteris oneribus & muneribus reipublicæ *d.l.si duas 6.aliàs l.athletæ §.tutela* D.*hoc tit.*Estque longè durius vt quis plura quàm tria onera eiusdem condicionis sustineat,quàm si essent diuersæ condicionis.Nam & simili propemodum ratione sic comparatum videmus, vt cuius tutelam quis habuit eius curam suscipere non cogatur , quamuis non nisi vnicum fuerit illud onus *§.qui tutelam hoc tit.l.curator 20.C.eod.* Nimirum quia duo onera etiam diuersis temporibus cogi quem suscipere pro eadem persona durum ac inciuile esset,cùm tria pro tribus sustinere non æquè durum existimetur.Si quis tamen circa Senatorum tutelam occupatus sit non debet vocari ad curiales necessitates *l.2.C.de tutor.vel curat.illustr.person.*vbi Baldus rectè notat,Occupatum circa maiora non deberé vocari ad minora.Quod ita intelligendum est si minora illa talia sint,vt ad ea vocari nõpossit quin hoc ipso à maioribus reuocetur.Tales enim sunt Curiales necessitates quæ quotidianā præsentiam & diligentiam exigunt.

l.si duas 6. §.1.& § tutela l.17.§.1.& 2.l.Geometra 22.D. hoc tit.iunct. l.2.C.de excus artif. lib.10. §. qui tutelam hoc tit. l.curator 20. C.eod.

l.2.C.de tutor. vel curat. illustr. person.

De excusatione ob translationem domicilij.

ALia est excusatio quæ competit etiam iis qui iam sint tutores & curatores,vt scilicet continuò & statim de reliquo,id est in futurum absoluantur à sollicitudine, Nempe si domicilium aliò transtulerint ex rescripto Imperatoris scientis quidem tutorem eum esse,transmigrare autē cōcedentis ei expressim & horum alterutrū literis significātis *l.idē Vlpianus 12.§.1. D hoc tit.*Nam cùm tutela sit onus & quidem personale, impossibile est vt illud in vna prouincia subeat is,qui in aliam prouinciam migrat siue cogente & ita iubente Principe vt in *l.certa forma 4.C.de iur.fisc.lib.10.*siue id expressim ei petenti concedente vt in *d.§.1.*dūmodò hoc casu posteriore sciat Imperator,tutorē illū esse qui migrandi licentiā postulat.Hoc enim requiritur quoniā alioqui credendus est Imperator non ita facilè concessurus fuisse illā migrandi licentiam ex qua pupillus damnum amissi tutoris sentire possit.Ea verò omnia exprimenda sunt & narranda Principi quæ possent eum difficiliorē reddere ad cōcedendam gratiam,Alioqui obreptitium est rescriptum ac proinde nullius omnino momenti *l.vlt.C de diuers.rescript.l.5.§.manet* D.*de reb.eor.qui sub tut. l.si quis obrepserit 29.D.de leg.Cornel.de fals.* Nō tamen requiritur vt Princeps expressim tribuat immunitatē à tutela sed sufficit vt literis suis alterutrum significet,Nimirum,velle se vt hic qui transmigrandi licentiam postulat liberetur à solicitudine, Vel vt quāuis tutor sit,nihilominùs transmigrandi habeat facultatem.Nec enim credendus est Imperator beneficio suo impetrantem obstrinxisse

l. idem Vlp. 12.§.1.D.hoc tit.

l. certa forma 4.C. de iur.fisc. lib. 10.

obstrinxisse ad onus impossibile subeundum, & quidem cum pupilli incommodo, & aduersus ipsius pupilli vtilitatem *l.pen.§.vlt.D.hoc tit.* Et verò cur non translatio domicilij proderit ad eximendum quem à tutela, cùm diuersitas prouinciarum soleat etiam tribuere excusationem à tutela suscipienda, vt dicemus in sequentibus, *ex l.non solum* 10. §. *& qui in testamento l. illud* 19. *l.propter litem* 21. *§.licet & seq.eod.tit.* Planè si translatio domicilij esset voluntaria, nec aliam causam vel autoritatem haberet quàm voluntatem tutoris, non deberet vtique illi prodesse, quia nunquam debet in potestate tutoris esse vt se eximat *l.nec ei* 17. *§.1.D.de adopt.*

l.pen. §.vlt. D.hoc tit.

l.non solum 10. §.qui in testamento l.illud 19. l. propter litē 21.§.licet & seq. eod. tit. l. nec ei 17. §.1. D.de adopt.

De excusatione ob inquilinatum.

SOlent etiam inquilini castrorum excusari à tutela *l.non tantùm* 17. §. *vlt. D.hoc tit.* quia cùm sint aduenæ non sunt onerandi pro cæteris qui prouinciales sunt & originarij, ad quorum onus proculdubio pertinet vt prouincialium & originariorum ac municipum suorum tutelas obeant, nec in aduenas & inquilinos reiiciant. Excipiuntur tamen tutelæ illorum, qui & ipsi inquilini sunt & in eodem castro, in eadémque condicione, vt Callistratus subiicit *in d.§.vlt.* Ne alioqui magno incommodo afficiantur huius cōdicionis homines si eorum liberis hanc pietatē præstare nemo velit, quam nec illi aliorum liberis præstare volunt, vt ipsorum tutelas suscipiant. Nec enim mutua inuicém onera recusare possunt aut debent, qui in eadem sunt naui & condicione. Sic idem Callistratus *in d.l.non tantùm* 17.§. 1. posteaquàm dixit Iliensibus propter inclytam nobilitatem ciuitatis, & propter coniunctionem originis Romanę plenissimam immunitatem tributam esse vt etiam tutelæ comprehendantur, subiicit *scilicet eorum pupillorum qui Ilienses non sint.* Nōn enim priuilegium vllum esset Iliensium, sed incommodum maximum si pupillis Iliensibus, ne quidem Ilienses dari tutores possent. Quis enim alius cogi honestè posset vt pro Iliensibus eam curam susciperet, quam Ilienses ipsi nec pro suis nec pro alienigenis subire vellent? Pendet hoc nimirum ex Principio illo iuris naturalis, *Quod tibi fieri vis, alteri feceris.* Iunge *l.sed et milites* 8. *§.vlt.l.spadonem* 15. *§.si quis autem tutor* 3. *l.propter* 23. *§.1.l.administrantes* 41. *§.vlt.eod.tit.l.pen.C.eod.*

l. non tantùm 17. §. vlt. hoc tit.

d.l.non tantùm §.1.

l.sed & miles 8. §. vlt. l. spadonem 15. §. si quis autem tutor 3. l. propter 23. §.1. l.41. §. vlt. D. hoc ti.l.pen. C. eod.

De excusatione ob diuersitatem prouinciarum.

DIuersitas prouinciarum vna etiam est ex causis propter quas potest quis excusationem & remissionem petere à tutela, scilicet si quis se dicat ibi domicilium non habere vbi tutor datus est: ídque Imperator Antoninus cum Diuo patre significauit, teste Paulo *in l.vlt.in fin. D.hoc tit.* Iam enim satis per se magnum onus tutela est, tum quoque cùm is qui tutor datus est administrationem gerendam habet in loco sui domicilij, vt non prætereà sit cogendus domicilij locum deserere, ad res pupillares in alia prouincia administrandas. Nam & ob hanc causam receptum videmus vt non facilè permittendum sit euocari quem ab vna ciuitate in aliam ad ferendum testimonium nisi sic ferat loci consuetudo *l.3. §.vltim. D.de testibus iunct. l. sed si quis 7.D.de testam.quemadm.aper.* Denique tutela onus quidem est sed necessarium, id est necessariò subeūdum ab aliquo, ne pupilli sint & maneant indefensi: Proinde nemini iniungendum est, nisi quatenus fert necessitas vtilitatū pupilli ex quibus æstimanda sunt, vt sæpius monuimus, omnia

l.vlt. in fin. D.hoc tit.

l.3. §.vlt. de testib. iunct. l. sed si quis 7.D.testam. quem.aper.

l. non solum 10. § si libertus l. scire oportet 13. l. si pupillum 20. D. hoc tit.

tori vt se excuset, sed etiam si excusare se nolit remouendus est à tutela *l. non solum 10. §. si libertus l. scire oportet 13. l. si pupillum 20. D. hoc tit. Dicemus infr. ill. 7. De tempor. excusat.*

Tres tutelas non præbere excusationem quantum ad cætera onera.

l. 3. C. de excus. muner. lib. 10.

l. si duas 6. §. 1. & § tutela l. 17. §. 1. & 2. l. Geometra 22. D. hoc tit. iunct. l. 2. C. de excus artif. lib. 10.

§. qui tutelam hoc tit. l. curator 20. C. eod.

l. 2. C. de tutor. vel curat. illustr. person.

PRætermittendum illud non est, tres tutelas etiamsi præbeant excusationẽ ne quis tutelam quartã suscipere cogatur, nihil tamen prodesse ad immunitatem quantum ad cætera onera *l. 3. C. de excus. muner. libr. 10. tit. 47.* An quia cætera munera sint fauorabiliora? Minimè. Nam è contrario data generaliter immunitate semper tutelæ exceptæ intelliguntur nisi cùm aliter expressum est vt in *l. si duas 6. §. 1. l. Geometræ 22. D. hoc tit.* iunct. *l. 2. C. de excus. artific. lib. 10. tit. 64.* aut cùm plenissima immunitas concessa est vt etiam tutelæ comprehendãtur *l. non tantum 17. §. 1. & 2. D. hoc tit.* Sed quia nihil simile aut commune habent onera tutelarum cum cæteris oneribus & muneribus reipublicæ *d. l. si duas 6. aliàs l. athletæ §. tutela* D. *hoc tit.* Estque longè durius vt quis plura quàm tria onera eiusdem condicionis sustineat, quàm si essent diuersæ condicionis. Nam & simili propemodum ratione sic comparatum videmus, vt cuius tutelam quis habuit eius curam suscipere non cogatur, quamuis non nisi vnicum fuerit illud onus *§. qui tutelam hoc tit. l. curator 20. C. eod.* Nimirum quia duo onera etiam diuersis temporibus cogi quem suscipere pro eadem persona durum ac inciuile esset, cùm tria pro tribus sustinere non æquè durum existimetur. Si quis tamen circa Senatorum tutelam occupatus sit non debet vocari ad curiales necessitates *l. 2. C. de tutor. vel curat. illustr. person.* vbi Baldus rectè notat, Occupatum circa maiora non debere vocari ad minora. Quod ita intelligendum est si minora illa talia sint, vt ad ea vocari nõpossit quin hoc ipso à maioribus reuocetur. Tales enim sunt Curiales necessitates quæ quotidianã præsentiam & diligentiam exigunt.

De excusatione ob translationem domicilij.

l. idem Vlp. 12. §. 1. D. hoc tit.

l. certa forma 4. C. de iur. fisc. lib. 10.

ALia est excusatio quæ competit etiam iis qui iam sint tutores & curatores, vt scilicet continuò & statim de reliquo, id est in futurum absoluantur à sollicitudine, Nempe si domicilium aliò transtulerint ex rescripto Imperatoris scientis quidem tutorem eum esse, transmigrare autẽ cõcedentis ei expressim & horum alterutrũ literis significãtis *l. idẽ Vlpianus 12. §. 1. D. hoc tit.* Nam cùm tutela sit onus & quidem personale, impossibile est vt illud in vna prouincia subeat is, qui in aliam prouinciam migrat siue cogente & ita iubente Principe vt in *l. certa forma 4. C. de iur. fisc. lib. 10.* siue id expressim ei petenti concedente vt in *d. §. 1.* dũmodò hoc casu posteriore sciat Imperator, tutorẽ illũ esse qui migrandi licentiã postulat. Hoc enim requiritur quoniã alioqui credendus est Imperator non ita facilè concessurus fuisse illã migrandi licentiam ex qua pupillus damnum amissi tutoris sentire possit. Ea verò omnia exprimenda sunt & narranda Principi quæ possent eum difficiliorẽ reddere ad cõcedendam gratiam, Alioqui obreptitium est rescriptum ac proinde nullius omnino momenti *l. vlt. C. de diuers. rescript. l. 5. §. manet* D. *de reb. eor. qui sub tut. l. si quis obrepserit 29. D. de leg. Cornel. de fals.* Nõ tamen requiritur vt Princeps expressim tribuat immunitatẽ à tutela sed sufficit vt literis suis alterutrum significet, Nimirum, velle se vt hic qui transmigrandi licentiam postulat liberetur à solicitudine, Vel vt quãuis tutor sit, nihilominùs transmigrandi habeat facultatem. Nec enim credendus est Imperator beneficio suo impetrantem

obstrinxisse

obstrinxisse ad onus impossibile subeundum, & quidem cum pupilli incommodo,& aduersus ipsius pupilli vtilitatem.*l.pen.§.vlt.D.hoc tit.*Et verò cur non translatio domicilij proderit ad eximendum quem à tutela, cùm diuersitas prouinciarum soleat etiam tribuere excusationem à tutela suscipienda,vt dicemus in sequentibus,*ex l.non solum 10. §. & qui in testamento l. illud 19.l.propter litem 21.§.licet & seq.eod.tit.*Planè si translatio domicilij esset voluntaria,nec aliam causam vel autoritatem haberet quàmvoluntatem tutoris, non deberet vtique illi prodesse, quia nunquam debet in potestate tutoris esse vt se eximat *l.nec ei 17.§.1.D.de adopt.*

l.pen.§.vlt. D.hoc tit.

l.non solum 10.§.qui in testamento l.illud 19. l. propter litē 21.§.licet & seq. eod. tit. l. nec ei 17. §.1. D.de adopt.

De excusatione ob inquilinatum.

SOlent etiam inquilini castrorum excusari à tutela *l.non tantùm 17. §. vlt. D.hoc tit.* quia cùm sint aduenæ non sunt onerandi pro cæteris qui prouinciales sunt & originarij, ad quorum onus proculdubio pertinet vt prouincialium & originariorum ac municipum suorum tutelas obeant, nec in aduenas & inquilinos reiiciant. Excipiuntur tamen tutelæ illorum, qui & ipsi inquilini sunt &in eodem castro,in eadémque condicione,vt Callistratus subiicit *in d.§.vlt.* Ne alioqui magno incommodo afficiantur huius cōdicionis homines si eorum liberis hanc pietatē præstare nemo velit, quam nec illi aliorum liberis præstare volunt, vt ipsorum tutelas suscipiant. Nec enim mutua inuicem onera recusare possunt aut debent, qui in eadem sunt naui & condicione. Sic idem Callistratus *in d.l.non tantùm 17.§. 1.* posteaquàm dixit Iliensibus propter inclytam nobilitatem ciuitatis, & propter coniunctionem originis Romanę plenissimam immunitatem tributam esse vt etiam tutelæ comprehendantur, subiicit *scilicet eorum pupillorum qui Ilienses non sint.* Nōn enim priuilegium vllum esset Iliensium, sed incommodum maximum si pupillis Iliensibus, ne quidem Ilienses dari tutores possent. Quis enim alius cogi honestè posset vt pro Iliensibus eam curam susciperet, quam Ilienses ipsi nec pro suis nec pro alienigenis subire vellent?Pendet hoc nimirum exPrincipio illo iuris naturalis, *Quod tibi fieri vis, alteri feceris.*Iunge *l.sed et milites 8.§.vlt.l.spadonem 15.§.si quis autem tutor 5. l.propter 23.§.1.l.administrantes 41.§.vlt.eod.tit.l.pen.C.eod.*

l. non tantùm 17. §. vlt. hoc tit.

d.l.non tantùm §.1.

l.sed & miles 8. §. vlt. l. spadonem 15. §. si quis autem tutor 3. l. propter 23. §.1. l.41. §. vlt. D. hoc ti.l.pen. C. eod.

De excusatione ob diuersitatem prouinciarum.

DIuersitas prouinciarum vna etiam est ex causis propter quaspotest quis excusationem & remissionem petere à tutela,scilicet si quis se dicat ibi domicilium non habere vbi tutor datus est: idque Imperator Antoninus cum Diuo patre significauit,teste Paulo *in l.vlt.in fin. D.hoc tit.* Iam enim satis per se magnum onus tutela est,tum quoque cùm is qui tutor datus est administrationem gerendam habet in loco sui domicilij, vt non præterea sit cogendus domicilij locum deserere, ad res pupillares in alia prouincia administrandas. Nam & ob hanc causam receptum videmus vt non facilè permittendum sit euocari quem ab vna ciuitate in aliam ad ferendum testimonium nisi sic ferat loci consuetudo *l.3. §.vltim. D.de testibus* iunct.*l. sed si quis 7.D.de testam.quemadm.aper.* Denique tutela onus quidem est sed necessarium,id est necessariò subeūdum ab aliquo,ne pupilli sint & maneant indefensi:Proinde nemini iniungendum est, nisi quatenus fert necessitas vtilitatū pupilli ex quibus æstimanda sunt,vt sæpius monuimus,omnia,

l.vlt. in fin. D.hoc tit.

l.3. §.vlt.de testib. iunct. l. sed si quis 7.D.testam. quem.aper.

quæ circa tutelas constituuntur. Nulla autem subest necessitas creandi tutoris in vna prouincia, qui res in alia sitas administrare cogatur, cùm nihil prohibeat plures pro diuersitate prouinciarum tutores constitui inter quos diuidatur administratio. Neque verò tutorum duntaxat vtilitas hoc ius euicit, sed etiam pupillorum. Adeò vt si tutor, qui hanc excusationem allegare potuit, non tamen eam allegauerit intra constituta tempora, debeat nihilominùs iudex aliquos ei curatores adiungere si tutorem insufficientem esse videat ad bonorum in diuersis prouinciis sitorum administrationem *l. testamento* 11. C. *hoc tit.* iūct. *l. 2. eod.* Quis enim credat tam benè administratum iri res pupilli à tutore qui in alia prouincia domicilium habeat, atque si in ea prouincia vbi pars bonorum sita est, alium tutorem haberet? In summa iustior excusatio tutoris nulla est, quàm quæ ipsius quoque pupilli vtilitatem admixtam habet *l. humanitatis* 23. *C. hoc tit.*

l. testamento 11. C. *hoc tit. iunct. l. 2. eod.*

l. humanitatis 23. *C. eo.*

De tutore liberando ab administratione rerum quæ sunt in alia prouincia.

AD hanc excusationis causam pertinet rescriptum illud cuius iam meminimus ex Paulo in *d. l. vlt.* relatū à Modestino in *l. non solum* 10. *§. & qui testamento* D. *eod.* quo disertè constitutum est vt tutor testamento datus si ante præfinitum diem adeat præsidem prouinciæ debeat impetrare vt ab administratione rerū quæ in alia prouincia sunt liberetur. Etsi autē non nisi de testamentariis tutoribus rescriptum loquitur, dubitandum tamen non est quin ad datiuos quoque pertineat, Exemplo eius quod de constitutione dante excusationem ob liberos suprà diximus ex eodem Modestino in *l. 2. §. hoc autem eod. tit.* Vtroque enim casu eadem dubitandi ratio est, Nempe quòd tutor sicuti datur personæ, quæ vnica & indiuidua est, ita & ad vniuersum patrimonium datus intelligatur, vt ratiocinatur Marcianus in *l. propter litem* 21. *§. licet datus tutor. eo.* Et certè ita est, & ob id nimirum vtroque casu indiget excusatione vt liberetur ab administratione rerum in alia prouincia existentium, quamuis nō ideò à tutela ipsa liberetur. Ratio autem decidendi vtroque casu eadem illa est, quā in præcedentibus attulimus, sumpta partim ex persona tutoris ne supra modū oneretur, partim ex persona pupilli, ne res ipsius in alia prouincia sitæ minus diligenter tractentur. Itaque Marcianus in *d. §. licèt* postquàm dixit Tutorem etiamsi ad vniuersum patrimonium datus sit, posse tamen se excusare ne vltra centesimum lapidem tutelam gerat, nisi in eadem prouincia pupilli patrimonium sit, subiungit *& ideò illarum rerum dabunt tutores in prouincia Præsides eius.* Loquitur enim toto illo §. *de tutoribus datis*, & vt loquuntur, datiuis, vt & *l. 2. C. eod.* Sic & Vlpianus in *l. illud* 19. *eod. tit.* illud vsitatissimum esse ait vt his, qui in Italia domicilium habent administratio rerum prouincialium remittatur. Est igitur ista excusatio non à tutela vt cæteræ sed à parte administrationis, manente nihilominùs tutela. Sed quid si proponatur is qui tutor datus fuit oriundus esse ex prouincia, & tamen habere domicilium Romæ, ita vt & prætor eum dederit Romæ & Præses in prouincia, (potest enim quis prout suppositus est iurisdictioni magistratus ita & ab eo tutor creari non aliter *l. scire oportet* 13. *§. vltim.* D. *hoc tit.*) An poterit aliquam habere excusationem? Vtique poterit, non quidem Romæ vbi domicilium habet, sed in prouincia ne administrationem ibi suscipere cogatur, quia quod oriundus est ex prouincia facit quidem vt rectè tutor datus sit à præside Prouinciæ, sed non adimit ei excusa-

d. l. scire oportet §. vl.

excusationem quã haberet si ex vrbe oriundus quoque esset, Nisi ponas quod tamen perdifficile est vt habeat domicilium etiam in prouincia, quòd in vtroque loco æquè sit instructus. Quo casu nullam quidem poterit ille habere excusationem, Sed ad vtriusque magistratus officium pertinebit, vt videat an hic tutor vtrique administrationi sufficiens esse possit, Vt si minùs sufficiens videatur alius tutor creetur, vel curator ei adiungatur, siue vrbanarum rerum, siue prouincialium, Perinde acsi domicilium vnicum haberet & à sui domicilij magistratu datus tutor esset ad vniuersum patrimonium, cui tamen administrando par esse non posset, nec eo magis vellet ille vti excusatione sibi competente. Quid enim pupilli refert cuius vtilitates offenduntur, an tutor vniuersi patrimonij administrationem ideò suscipiat, quòd à duobus magistratibus tutor rectè datus sit, An quia nolit se excusare? *dicta lege 2.l.testamento* 11.*C.hoc tit.* Planè si vtrobique administrationem susceperit, nec pupilli vtilitas aliud suadeat, non ideò duas tutelas administrare videbitur, sed vnam duntaxat. Nec enim vnius pupilli duo patrimonia esse possunt, inquit Papin. in *l.iurisperitos* 30.*§.*1.*D.eod.* non magis quàm vnius hominis defuncti duæ hereditates *l. si certarum* 17.*§.*1. *D. de testam.milit.* Neque verò sola creationum diuersitas & magistratuum qui creauerunt & locorum vbi sita sunt bona diuersitatem tutelarum inducere potest, sed sola diuersitas & pluralitas pupillorum. Ex quâ ratione apparet, vt hoc obiter subiungamus, Quoties quæritur quis tutorem dare possit, An magistratus eius loci in quo pupillus domicilium habet, an potiùs illius loci in quo sunt pupilli facultates, Iudicem domicilij præferendum esse, tanquam qui habeat iurisdictionem in personam ipsam pupilli, cui proinde tutorem dare possit ad vniuersum patrimonium, etiam quod alibi, siue maiori ex parte, siue totum consistere proponatur, dummodò tutorem det eum qui etiam domicilium habeat in eodem territorio, siue tanquam ciuis, siue tanquam incola, Nec aliter se in eo debere interponere magistratum loci in quo sunt facultates quàm si tutor ab alio magistratu datus, aut se excuset ab administratione rerum in alia prouincia constitutarum, aut inueniatur minùs sufficiens ad vniuersum patrimonium administrandum. Atque ita intelligi debet quod scriptum est in *l.pupillo* 27.D. *de tutor. & curator. dat. & in l. vnic. C. vbi petant. tutor.* vt scilicet ad iudicem loci facultatum ea iurisdictio & cura pertineat secundariò, vt loquuntur & subordinatè eo demum casu quo tutor datus à iudice domicilij vniuersum patrimonium administrare, vel nolit, vel non possit: Aut si fortè magistratus eius loci in quo pupillus domicilium habet negligentior fuerit in dando tutore. Idque ita esse apparet tam ex iunctis legibus supradictis quàm ex *l. magis puto* 5. *§. illum quæri potest D. de reb. eor. qui sub tutel.* Maximè verò ex *dicta lege propter litem* 21. *§. licèt* D. *hoc titu. l.neque à Præside* 5.*C.qui dar.tutor.vel curator.poss.leg.*1.§. *vltim.* D.*de tutor.& curat.dat.*

d.l.2.l.testamento 11. C.eod.

l. iurisperitos 30. §.1. D. de testa. milit.

l.pupillo 27. D. de tutor. & curat. dat.l. vnic. C. vbi pet. tutor.

l.magis puto 5.§. illud quæri potest D. de reb. eor.qui sub tutel. l. propter litẽ 21. §. licet D. hoc tit. l. neque 6. C. qui dar. tut.vel cur. poss. l.1. §. vlt.D.de tutor.& cur. dat.

De excusatione ob nobilitatem ciuitatis.

NOuum hoc & perrarum excusationis genus est quod propter nobilitatem ciuitatis conceditur ciuibus, ne pupillorum qui aliunde o-

riundi sint cogantur esse tutores, Quale Iliensibus datum esse antiquitus & senatusconsultis & Constitutionibus Principum refert Callistratus in *dicta lege non tantum* 17. §. 1. *D. hoc titu.* Tributa illis plenissima immunitate, vt etiam tutelæ excusationem habeant, scilicet eorum pupillorum, qui Ilienses non sint, Idque propter inclytam, inquit ille, nobilitatem ciuitatis, & propter coniunctionem originis Romanæ. Nam cùm tutela sit onus, Æquum sanè est, vt quemadmodum nobilitas cuiusque priuati præstat ei immunitatem ab oneribus plebeiis, Ita & nobilitas inclyta ciuitatis tribuat ciuibus suis immunitatem, etiam ab onere tutelæ, quamuis tutela non sit munus plebeium, à quo scilicet, ne quidem Senatores excusantur *l. spadonem* 15. §. *scire oportet eod.* dum ne vltra centesimum lapidem vrbis tutelam administrare cogantur *dicta lege propter litem* 21. §. *nec Senatores eod.* Ideóque vocat Callistratus plenissimam illam immunitatem, quæ tutelas quoque comprehendat. Honor verò magnus est ciuitatis cuius ciues onus hoc non sentiunt à quo ne immunes quidem sunt Senatores. Datum etiam est Iliensibus aliud priuilegium de quo Vlpian. in *l.* 1. D. *ad municip.* vt qui ex diuersarum ciuitatum parentibus oriundi sunt, matris Iliensis originem sequantur. Sed priuilegium illud neque ad rem nostram pertinet, neque proprium est Iliensium. Simile enim & Delphis & Ponticis datum fuit, vt ibidem Vlpianus refert. Nescio autem an his nostris temporibus ciuitas vlla sit tam inclytæ nobilitatis vt tale priuilegium habeat, id est tam plenæ immunitatis, vt tutelæ quoque comprehendantur.

l. non tantum 17. §. 1. D. hoc tit. — *l. spadonem 15. §. scire oportet eod.* — *d. l. propter litem § nec Senatores.* — *l. 1. D. ad municip.*

De excusatione à cura eius cuius tutelam quis gesserit.

DEnique qui tutelam alicuius gessit, inuitus curator eiusdem fieri non compellitur, Intantum vt licèt paterfamilias qui testamento tutorem dedit adiecerit se eundem curatorem dare, tamen inuitus ille curam suscipere non cogatur §. *qui tutelam hoc titu.* vbi refert Iustinianus ita rescriptum fuisse ab Imperatoribus Seuero & Antonino, quorum tamen rescriptum non habemus. Extat sanè aliud Imperatorum Diocletiani & Maximiani quo idipsum continetur in *l. curator* 20. *C. eod.* Ratio est quia licèt non pauciores quàm tres tutelæ, vel curatoriæ, siue separatæ, siue mixtæ soleant tribuere immunitatem, vt diximus in præcedentibus, Tamen cùm tutela sit onus, absurdum & iniquum est duplici onere quem prægrauari ratione eiusdem personæ, sicut & ratione eiusdem rei *l. Titia cum testamento* 34. §. *qui inuita de legat.* 2. Nam nec reipublicæ defensionem amplius quàm semel suscipere quisquam cogitur ne in eo nimis oneretur, Nisi id fieri necessitas postulet quæ semper excipienda est *l. æstimationem* 16. §. *vltim.* D. *de muner. & honor.* vt neque prouinciæ sacerdotium iterare *l. sponte* 17. *eod.* Dissimile est, quod Modestinus scribit in *l. vltim.* §. 1. *De vacat. & excusat. muner.* Neminem eodem tempore duas curas operis administrare. Nec enim eodem tempore tutela & cura eiusdem personæ administrantur.

§. qui tutelam hoc tit. — *l. curator 20. C. eod.* — *l. æstimationem 19. §. vlt. D. de muner. & honor.* — *l. sponte 17. eod.* — *l. vlt. §. 1. de vacat. & excus. muner.*

ILL.

ILLATIO III.

De excusando à tutela eo qui reipub. operam nauare cogitur.

TErtiò ex eodē nostro Princ. fit, vt si quando is qui tutor creatur, reipublicæ operam nauare cogatur, excusari ob eam causam debeat à tutela. Nam cùm tutela non sit onus aut munus reipublicæ, vt Principium nostrum habet, Reipublicæ autem præcipuam semper causam esse necesse sit ex vetere illa lege duodecim tabularum quæ nullas vnquam patitur exceptiones *salus populi suprema lex esto*, prorsus consequens est vt oneri tutelæ anteponi debeat onus & fauor reipublicæ. Hinc natæ sunt variæ excusationes aliæ, Puta, Ob absentiā reipub. causa Ob militiam, Ob magistratum, Ob professionem aliquam, siue literarum, siue aliam quæ tanto hoc fauore digna videatur, Ob immunitatem Collegiis concessam, Ob assumptionem in Collegam aut aliam curam pro repub. susceptam, & si quę sunt aliæ similes, De quibus etiam singulis tractandum nobis est. *Variæ excusationũ species quæ omnes à reipub. fauore proficiscuntur.*

De excusatione ob absentiam reipub. causa.

QVi reipublicæ causa absunt à tutela curáque excusantur *§. item reipublica hoc tit.* Cùm fieri nullomodo possit vt absint Reipublicæ causa, & adsint tutelæ gratia. In pari autem iure potior & fauorabilior sit causa reipublicæ vt diximus. Proinde nihil interest an quis iam absit, an verò absfuturus sit reipublicæ causa, Nisi quod hic non absolutè excusare se potest, sed ad tempus quandiu scilicet absfuturus est *l. 1. C. si tut. vel curat. reipub. caus. aber.* quia vbi redierit, nihil causæ erit cur non possit & debeat tutelam suscipere. Quod si se non excusauerit vtique medij temporis periculum sustinebit, sed ita tamen vt qui postea in eius locum datus fuit, vt administraret, & administrauit, prior conueniatur *d. l. 1.* Nam & qui cùm iam dati essent tutores, vel curatores, postea reipub. causa abesse cœperunt à tutela quidem vel cura excusantur, sed non simpliciter & absolutè, at eatenus tantùm quatenus reipub. causa absunt, & interea curator eorum loco datur, qui vbi reuersi fuerint, statim recipiūt onus tutelæ, Adeò vt nec anni habeant vacationem quam habent ij qui ad nouas tutelas sunt vocati *l. 2. C. hoc tit.* Alia igitur & melior condicio eorū est qui reipublicæ causa absfuerunt, quàm qui vel absunt, vel absfuturi sunt, quoniā qui absfuerunt anni vacationē habent si ad nouā tutelā vocentur *l. non solùm 10. in prin. D. hoc tit.* vbi Modestinus ait priuilegium hoc non iis tātùm competere qui ad caligatas, id est minores & leuiores militias & reliquas primipilarij militauerunt, sed omnibus etiam qui qualitercumque necessitatis publicæ plebis Romanorum gratia absentes fuerunt, vt anni vacationem habeant post reuersionem. Nimirum vt respirationem aliquam habeant nec longiore & assidua oneris continuatione prægrauentur. Nō tamen iis competere qui tutelas quas priùs habebāt propter hoc deposuerunt, quod publici negotij causa abibant. Annus enim, inquit Modestinus, ad futuras nouásque tutelas datur, non ad eas, quæ resumi debent. Est enim fauorabilior excusatio aduersus tutelam nondum susceptam, quàm aduersus eam, quæ iam suscepta licèt deposita sit. Adeò facilius est, vt multa facta teneant, quæ tamē fieri prohibetur *vulg. l. patre furioso 8. de his qui sunt sui vel alie. iur.* Sic dicimus, Honorem gerētibus vacationem tutelarum cōcedi, sed iis tātùm qui tunc primùm

§. item qui reipublica hoc tit.

l. 1. C. si tut. vel curat. reipu. caus. aber.

l. 2. C. hoc tit.

l. non solùm 10. in princ. hoc tit.

qui hodie miles sit, aut qui intra annum missionis constitutus & veteranus, adhuc miles esse videatur, meliore esse condicione, siue quòd miles adhuc sit, siue quòd militiæ ipsius memoria tam sit recens, vt militis iure censeri propemodum debeat, quamuis non in omnibus hoc generaliter & indistinctè procedat. Plus enim priuilegij in quibusdã habet miles, quàm veteranus *l. eius militis* 34. §. 1. D. *de testam milit.* Priuilegium ergo præsentis, aut recenter præteritæ militiæ potentius est coæqualitate honoris militaris, Sed coæqualitas illa potentior est priuilegio veteris militiæ & post missionis annum iam senescentis. Et hoc est quod nostri iactitant, Priuilegiatum non vti priuilegio contra æquè priuilegiatum, quod admitti quidem potest, vbi cætera sunt paria, sed non aliter, Vt scripsimus in Rationalibus ad *l. verum* 11. §. *penult.* D. *de minor. & ad l. vlt.* D. *ex quib. caus. maior.* Addit verò Modestinus in *d. l. sed & milites*, Nisi qui compleuerunt militiæ tempus, & post annum à die missionis vocantur ad tutelam alias fortassis habeant iustas tutelæ excusationes, vt puta numerum liberorum, vel quid aliud tale quale & priuatos quoslibet aduersus omnes excusare consueuit. Nec enim amissio, aut denegatio vnius excusationis alias perimit, vel adimit si aliud nihil obstet §. *qui autem hoc ti. l. propter* 21. §. 1. D. *eod.* Subiungit, Eorum qui olim milites fuerunt solos filios, non etiam nepotes priuilegium illud habere ne contra eos possint vti excusatione illi qui militiæ tempora compleuerunt si ad tutelam vocentur post annum missionis, Nepotes námque ipsorum sicut sunt vno gradu remotiores, ita minus habent priuilegij, Imò nihil penitus, sed eodem loco & iure cum priuatis censentur, vt contra eos perinde ac contra priuatos alios quoslibet possit adferri excusatio, id est acsi eorum auus nũquã militasset. Priuatos. n. hic Modestinus intelligit nõ eos tãtùm qui nõ sunt milites, sed illos cui nec milites sunt, nec militũ filij, qui scilicet hac pate quãuis & ipsi priuati sint nõ milites priuatorũ tamẽ iure non censentur, quasi succedant in partẽ honoris militiæ paternæ, Idq; tamẽ nõ tã proprio quodam iure quàm intuitu & contemplatione patris quõdam militis, cuius valde interfuit militando acquirere priuilegium hoc liberis suis impuberibus, ne quando eorum vtilitates tam facilè desererentur. Affectu scilicet paterno cuius maximè proprium est vt patrem de liberis longè magis quàm de seipso sollicitum reddat *vulg. l. isti quidem* 8. D. *quod met. caus. l. vlt.* C. *de curat. furios. l. amicissimos* 36. *in fin.* D. *hoc tit.* Cur autem melior hac parte caũsa sit filiorum, quàm nepotum ratio nõ alia, vel melior quærenda est, quàm quæ à nobis iam indicata est, quòd coniunctiones sint parentibus filij quàm nepotes, qui non nisi per mediam filij personam auo coniunguntur *l. dotem* 6. D. *de coll. bon.* ideóque & minùs dilecti auo fuisse credendi sunt, cùm prout quisque proximior est eo & dilectior fuisse videatur *l. omnia* 32. *alias l. cùm ita* §. *in fideicommisso l. peto* 69. §. *fratre delegat.* 2. *l. heredes mei* 57. §. *vlt.* D. *ad* SC. *Trebell. l. vlt.* C. *de verb. signific.* Quamuis dici soleat filij appellatione etiam nepotes omnes intelligi *l. filij appellatione* 84. iunct. *l. liberorum* 220. *De verb. signific.* Id enim sic accipiendum est, vt non ex vocabuli proprietate verum sit, quod constat ex *l. quid si nepotes* 6. D. *de testam. tutel.* sed iusta tantùm interpretatione vt Iulianus ait in *l. iusta* 201. *de verb. signifi.* Interpretatio autem illa non semper sed aliquando tantùm iusta est, Nimirũ cùm neque iuris ratio, neque æquitas aut vtilitas vlla repugnat vt in *l. pen.* C. *de* SC. *Maced. l. Senatusconsulto* 59. *De rit. nupt. l.* 3. C. *de interd. matrim. l. si quis*

l. eius militis 34. §. 1. *de testa. milit.*

d. l. sed & milites.

§. qui autem hoc tit. l. propter litẽ 21. §. 1. *D. eo*

l. amicissimos 36. *in fi. D. hoc tit.*

Qui proximior, dilectior.

l filij 84. *l. liberorũ* 220. *de verb signific. l. quid si nepotes* 6. *de test. tute. l. iusta* 201. *de verb. signific.*

filium 34.*C.de inoff.testam.* In proposito autem fauor militiæ repugnat ne tam facilè priuilegio suæ excusationis priuandus sit is qui militiæ tempora honestè compleuit, vt excusationem quam allegare non posset aduersus filium militis, nec aduersus nepotem allegare possit, Denique odiosa & iniusta esset interpretatio quæ quondam militi suum priuilegium aufferret. Et ideò Callistratus in *d.l.liberorum* §.1. non ait simpliciter & solutè filij appellatione nepotem contineri semper, sed *filij appellatione nepotes sæpe accipi*. Ergo non semper, Quamuis paullo aliter sentire videatur Cuiacius ad *d.l.2.D.hoc tit.*

d.l.liberorũ §.1.

De militibus ignominiosè dimißis, & de immunitatibus quæ ob pœnam dantur.

LOquimur autem cum Modestino de illis qui militiæ tempus honestè cõpleuerunt, quia nimirum illi qui ignominiosè dimissi sunt, existimantur similes illis qui numquã militauerunt, vt subiicit Modestinus in §.*qui nimirũ*, Nempe quod ad eam rem pertinet de qua tractamus, Vt scilicet non possint se excusare ne quidem intra annum missionis, nec contra priuatos, quemadmodum nec aliam vllam immunitatem habent *l.nec infames* 12. *C. de decur.* *l.* 7.*§.vlt.de interd.& relegat.* *l.*1.*C.de iis qui non implet.stipend.* Cæterùm deterioris in eo condicionis sunt, quàm si numquam militassent, quòd neque recipiendi sunt ad militiam si posteà velint militare tametsi à suo iudice sint absoluti *l.qui cum vno* 4.§.*ignominia missus D.de re milit.* Ergo neque ipsi habent priuilegium excusationis si vocentur ad tutelam priuati cuiuslibet, neque obligabitur quisquis aliquando miles fuerit si eorum filiis tutor detur, quominùs habeat excusationem si ea velit vti vocatus ad tutelam etiam post annum à die missionis. Nulla enim coæqualitas honoris militiæ est inter eum qui honestè militiam suam compleuit, & eum qui ignominiosè admissus fuit. Et hic sensus est eorũ Modestini verborũ quæ alioqui sunt satis intricata, *neque filiis eorum, qui olim fuerunt milites tutores dati obligabuntur.* Cur enim aut iis faueamus, aut liberis eorum qui etiam pœnam meruerunt? Ignominiosa autẽ missio est quoties quis propter delictum sacramento soluitur, etiamsi fuerit dimissus sine ignominiæ mentione *l.milites* 13.*§.missionũ D.de re milit.* vbi additur eum qui ignominia missus est, neque Romæ, neq; in sacro Comitatu agere posse. At cùm missionum species generales tres sint, Honesta, causaria, & ignominiosa, Et causaria illa sit cùm quis vicio animi, vel corporis minùs idoneus renunciatur *d.§.mißionum l.2.§.ignominia D.de his qui notant. infam.* apparet causariam missionem propiùs accedere ad honestam, quàm ad ignominiosam, Est enim & illa honesta, & ideò idem iuris in vtraque constitui debebit *d.l.sed & milites §.ita autem l.vlt.C.de his qui non implet. stipend. sacram.solut.sunt lib.*10.*tit.*54.*l.*1.*C.de excusat.veter.causaria C.de re milit.* Planè etiam ignominia missi ab vrbicis tutelis excusantur. At non ex priuilegio cùm vrbicæ tutelæ sint omnium fauorabilissimæ, sed propter pœnam quia eis vrbem ingredi non licet §.*scribit autem ead.leg.d.l.milites* §.*mißionum D. de re milit.* Exemplo tutoris qui in exilium perpetuum datus est, Hunc enim constat habere excusationem *l.planè* 29.*D.eod.* quam tamen non habet is qui tantùm ad tempus exulare iussus est, Cui scilicet ad tempus faueri absurdũ esset, Cùm per tempus exilij curator in locum eius dari possit & debeat *l.tutor petitus* 28.*§.vlt.eod.* Denique sunt quædam immunitates quæ nõ ob honorem & fauo-

d.l. sed & milites 8. §. *qui nimirũ hoc tit.*

l. qui cum vno 4 §. *ignominia missus* D.*de re milit.*

l. milites 13. §. *missionũ* D.*de re milit.*

*l.*2.§. *ignominia* D.*de his qui not. infam.*

*l.in omnē rē 13.& seq.*D.*de tut.& cur.dat.*vbi ob hāc causam scribit Paulus, in locū huiusmodi tutoris dādū esse aliū nō tutorē, sed curatorē: Adieci *à testatore*, quia si quis absuturus reipu. causa ita sit à magistratu excusatus, vt alius in eius locum tutor datus sit magis est vt tutor esse desinat & iam exinde actione tutelæ possit conueniri & quidē directa *l.si tutor 9.in prin.D.de tutel.& rat. distr.* aut saltem vtili post reassumptam à reuerso tutelam & administrationem *l.3. §.si quis absuturus D.de suspect.tutor.* Quod in testamentaria tutela non similiter tractari potest. Quamuis plerique putent post Accursium, Eum qui in locum absentis causa reipublicæ datur tutorem dici minus propriè pro curatore in *l.quæsitum 12.iunct.l.seq.*D.*de tutel.l.1.2.& pass.C.in quib.casib. tut.habent l.quòd si fortè 14.§.sed etsi absuturo* D.*de solut.l.3.§.si quis absuturus* D. *de suspect.tut.l.si tutor 9.De tutel.& rati.distr.l.3.C.arbitr.tute.l.ne lucrum C.de curat.furios.* Sanè neque necesse neque possibile est nouam tutelam dici quandiu superest vetus, Proinde nec Titio quicquam proderit quod aliam quoque excusationem puta ob liberos, interim quæsierit, quia post susceptam tutelam superueniens causa excusationis non adfert excusationem *l. 2. §. oportet & §.numerum D.hoc tit.* Planè qui in perpetuum excusantur à tutela ferè est, vt tutores esse desinant, ideóque in eorum locum dari alium tutorem nihil prohibet, vt sentit Cuiac. ex *§.vlt.Inst.quib.mod.tutel.finit.l.pen.*D.*de tutel. l.si quis sub condicione 11.§.vlt.D.de testam.tutel.l.pen.C.in quib.casib.tutor.habent.* Sed & fieri alio casu potest, vt qui abest reipublicæ causa, in perpetuum excusetur puta si absit trans mare, vt in *l.verum 11.§.ex facto* D.*de minor.* vbi dicitur hūc deponere tutelam, vt proinde in eius locum etiam tutor, dari possit, & debeat non curator. Extra hos casus tutorem habenti tutor non detur, siue quòd actus legitimi non reiterentur vt ait Cuiacius, quia esset absurdum legem actū agere, siue potiùs quòd non possit quisquam esse eodem tempore in potestate duorum in solidum *l.si filiusfamilias 33.*D.*de testam.milit.* Nam etsi plures simul fieri tutores possunt *l.simul 23.de tutor.& curat.dat.* id tamen ita est, quia tunc omnes vnius tantùm vice funguntur, nec nisi omnium simul vna est potestas.

l.in omnem rem 13. & seq.D. de tutor. & cur. dat. l si tutor 9. de tutel. & rat. distr.

De tutore testamentario dato in diem, vel sub condicione non absentiæ.

AT finge in testamento ita scriptum esse *Titius tutor esto. Cùm Reipublicæ causa aberit tutor ne esto, Cùm redierit tutor esto.* In qua specie cùm posterioribus verbis videatur Titius datus tutor & post diem & sub condicione (nam in testamentaria tutela vtrumque fieri potest, non etiam in datiua *l.muto 6.§.sub condicione* D.*de tutel.l.si quis sub condicione 11.*D.*de testam.tutel.*) illa priùs quæstio tractanda videtur, An qui sic datus est tutor, habeat se excusandum intra tempora constituta priùs etiam quàm dies vel condicio venerit, an verò expectare diei, vel condicionis euentum debeat. Sed cùm verissimum sit non esse illum tutorem priùs quàm dies, aut condicio venerit, adeóque nec antequàm sit adita hereditas si fortè dies, vel condicio venisse proponatur ante aditam hereditatē, Consequens est, vt neque proponendæ excusationis tempora priùs currere incipiant, Ne absurdum illud sequatur, vt se quis à tutela excusare debeat priusquàm ad suscipiendam tutelam vrgeri possit. Hoc igitur ita supposito, si quæratur an Titio postquàm rediit & abesse reipublicæ

ipse in castris merebat *l. propter magistratum* 23. §. 1. D. *hoc tit.* Nimirum quia licèt non sit miles, nauat tamen operam reipublicæ. In hoc sanè minus iuris habet quàm miles. quòd indiget excusatione nec prohibetur tutor esse si velit, nec denique excusationem vllam habet si ab eo qui in castris similiter merebat tutor datus sit, Quæ omnia in milite sunt diuersa *l. militia* 4. C. *qui tutor. dar. poss.* Omnes milites sunt in castris merentes aut saltem pro talibus habentur etiam qui Romæ militant *l. milites* 7. D. *ex quib. caus. maior.* At non omnes in castris merentes sunt milites. Debet igitur Vlp. in *d. l.* 23. §. 1. de iis solis intelligi qui sic merent in castris vt tamen milites non sint.

l. propter magistratum 23. §. 1. D. hoc tit.
l. milites 7. D. ex quib. caus. maior.

De excusatione ob magistratum.

EST etiam hæc vna ex iis excusationum speciebus quæ causam suam habent à fauore reipubl. Vt qui potestatem aliquam in republica habent, id est, qui sunt magistratus possint se excusare, Sic enim Diuus Marcus rescripsit, Quamuis ante susceptam tutelam deserere non ideò possint: §. *& qui potestatem hoc tit.* vbi Potestatis appellatione haud dubiè Iustinianus eos magistratus intelligit qui habent imperium *l. potestatis* 215. *de verb. signific.* id est maiores magistratus de quibus in *l. 2. D. de in ius vocand.* ad exclusionem minorum magistratuum qui imperium non habent puta ædilium, quos ideò constat neque à tutelis neque à cæteris oneribus publicis vllam immunitatem habere sed tantùm à priuatis muneribus *l. non tantùm* 17. §. *Is qui ædilitate* D. *hoc tit.* Nec enim Aediles potestatem vllam & imperium habuerunt nisi in seruos, aut alias personas viles quæ propemodum haberi poterant pro nullis *arg. l. eos qui* 12. D. *de decur. & filijs eor.* Et tamen fuerunt magistratus, & consequenter cum iurisdictione *l. item quæritur* 13. §. *si quis mensuras* D. *locat.* *l. lectos* 12. D. *de peric. & commod. rei vendit. l. 1. & tot. tit. De ædilit. edict.*

§. & qui potestatem hoc tit.
l. potestatis 215. de verb. signif.
l. 2. D. de in ius vocand.
l. non tantū 17. §. is qui ædilitate D. hoc tit.
l. eos qui 12. D. de decur. & filijs eor.

De immunitate tributa Præsidibus prouinciarum.

HInc est quod scribit Modestinus in *l. si duas* 6. *aliàs l. athletæ §. gentium D. hoc tit.* Præsidatus gentium tribuere immunitatem quoad in Præsidatu sunt, ne scilicet Præsides prouinciarum toto eo tempore cogãtur esse tutores. Sunt enim Præsides prouinciarum ex maioribus magistratibus, cùm omnium magistratuum qui in vrbe sunt vice ac partibus fungantur, & plenissimam autoritatem habeant in prouincia post Principem *l. ex omnibus* 10. *& seqq.* D. *de offic. præsid. l. si in aliam* 7. §. *vlt. & legib. seqq.* D. *de offic. Proconſ.*

l. si duas 6. aliàs l. athletæ §. gentiū D. hoc tit.

De magistratibus ciuitatum.

SEd & ciuitatum magistratus eandem remissionem habent à tutela & cura §. *remittuntur ead. leg.* ad exemplũm scilicet magistratuum reipublicæ, quãuis illi non rẽ publicã sed rẽ ciuitatis tractent *l. legatis* 8. *l. sed etsi* 26. §. *vlt.* D. *ex quib. caus. maior. l. 1. C. eod.* Non ergo tutores dari prohibentur, Possunt enim dari decreto decurionum *l. pen. D. qui pet. tutor.* vel à collega *l. vbi absunt* 19. §. 1. D. *de tut. & cur. dat.* sed dati possunt se excusare *d. §. remittuntur.* Sed hoc ita si magistratus quis inueniatur eo tẽpore quo tutela ei defertur. Nã propter magistratũ quẽ quis administraturus sit in municipio certũ est non habere illũ tutelæ excusationẽ *l. propter magistratũ* 23. *in pr. D. hoc tit.* Non magis quã propter magistratũ, quẽ iã administrauerit, nec si ex causa creationis alicui factę in illo

§. remittuntur ead. leg.
l. pen. D. qui pet. tutor.
l. 19. §. 1. de tut. & cur. dat.

l. ſpadonem 15. §. ſi ciuitatis eo. tit. d. l. propter 23. in pr. eod.

magiſtratu cœperit eſſe obnoxius periculo tutelæ *l. ſpadonem 15. §. ſi ciuitatis eo. tit.* Quod & Cuiacius ſentit ad *l. 2. an fi. D. hoc tit.* Scio eſſe qui putẽt magiſtratus municipales non excuſari à tutela ex *d. l. propter.* Sed errant meo iudicio qui non diſtinguunt magiſtratum quem quis adminiſtraturus ſit de quo ibi Vlp. à magiſtratu quem quis iam adminiſtret. Cur ergo Vlpianus ita locutus eſſet *quem in municipio quis erat adminiſtraturus*, ſi neque is excuſationem haberet, qui iam adminiſtraret? Quòd ſi verum eſt id quod Calliſtratus notum eſſe ſcribit in *l. non tantùm 17. §. ſanè notum eſt eod. tit.* gerentibus honorem magiſtratibus, concedi vacationem tutelarum, quæ tùm primùm deferantur, quis neget magiſtratus municipales honorem gerere adeóque habere poteſtatem aliquã, tametſi ſanè permodicam *l. magiſtratibus 12. D. de iuriſdict.* An ergo non minùs priuilegij & immunitatis habebunt magiſtratus ciuitatum & municipiorum, quàm magiſtratus vrbis Romæ? Imò habent minùs in hoc ipſo de quo tractamus. Nam cùm nemo excuſetur propter magiſtratum quem in municipio adminiſtraturus eſt, Excuſatur tamen qui magiſtratum reipublicæ adminiſtraturus ſit, non minùs quàm is qui reipublicæ cauſa abfuturus eſt licèt nondum abſit *l. 1. C. ſi tut. vel curat. reipub. cauſ. aber.* Atqui, inquies, dignitas nulli tribuit excuſationem, Adeò vt ſi quis Senator ſit nihilominùs tutor creari poſſit etiam eorum qui inferioris ordinis ſunt, quàm Senatorum *l. ſpadonem 15. §. ſcire oportet D. hoc tit.* Quis ergo ferat magiſtratus municipales habere immunitatem quam Senatores non habeant? Sed facilis reſponſio eſt Senatores ſingulos dignitatem tantùm habere, non etiam poteſtatem, nec poſſe dici magiſtratus. At magiſtratus municipales ſunt magiſtratus & quamuis tantam dignitatem non habeant quantam Senatores, habent tamen cum dignitate poteſtatem aliquam quæ iis hanc tribuit immunitatem, A tutelis ſcilicet vt iam diximus deferendis, non tamen à delatis. Nam qui iam ſe miſcuerunt adminiſtrationi tutelari ne tempore quidem magiſtratus vacant, vt ſcriptum eſt in *d. §. ſanè notũ eſt.* Ex quibus verbis apparet priorem illius §. partem, non generaliter de omnibus honorem gerentibus intelligi debere, ſed tantùm de magiſtratibus. Magiſtratus enim omnes honorem habent, At non item omnes qui honorem gerunt, ſunt magiſtratus.

d. l. non tantùm 17. § ſanè notum eſt eod. tit.

l. 1. C. ſi tut. vel curat. reipub. cauſ. aber.

d. l. ſpadonẽ 15. §. ſcire oportet D. hoc tit.

De excuſatione ob profeßionem literarum aut aliam.

AD reipublicæ dignitatem & vtilitatem hæc quoque pertinet excuſatio & immunitas quam tribuit fauor & honor literarum, vt hoc etiam propoſito præmio inuitentur homines ad bonas literas capeſſendas & ad philoſophãdum. Ergo Grammatici, Sophiſtæ, Rethores, Medici, non omnes tamen, ſed qui περιοδευταί, id eſt circulatores, circuitores, at non circumforanei ſunt, immunitas à tutela & à cura datur, vt à reliquis muneribus *l. ſi duas 6. §. grammatici D. hoc tit.* ſicut & illis ſolis ius extra ordinem dicitur *l. 1. §. 1. D. de extraord. cognit.* Hoc verò Iuſtinianus noſter meliùs ſic exprimit vt dicat Romæ grammaticos, rethores, & medicos, & qui in patria ſua has artes exercent, & intra numerum ſunt, à tutela & cura vacationem habere *§. item Roma 15. hoc tit.* Eſt enim numerus Rhetorum in vnaquaque ciuitate qui vacationem munerum habent, & hæreſes quædam id eſt condiciones propoſitæ ea ipſa lege, quæ immunitatem conceſſit. Inter quas illa eſt vt tam profeſſores quàm medicos probari oporteat decreto ordinis *d. l. ſi duas §. eſt autem*, vbi refert Modeſtinus epiſtolam

l. ſi duas 6. § grammatici D. hoc tit.

§. itẽ Roma 15. hoc tit.

d. l. ſi duas §. eſt autem.

& fauorem dantur, sed quam aliam ob causam vt in *l.5.§.conductores D.de iur. immunit.l.pen.§.vlt.D.hoc tit.* Rursus aliquando euenit vt quis militiæ tempus in desertione impleat, quo casu non potest videri honestè compleuisse, & ideò tanquam desertor emerito priuatur *l.3.§.qui militia D.de re milit.*

De illo qui neque ignominiosam neque causariam missionem passus, non tamen honestè compleuit militiæ tempora.

QVid verò si quis neque ignominiosam neque causariam missionem passus sit, nec tamen militiæ tempora honestè compleuerit? An habebit etiam remissionem tutelarum? Habebit, sed non sine distinctione quomodo habet ille, qui honestè compleuit, id est qui militauit ab anno ætatis suæ decimo septimo vsque ad quadragesimum sextum. Hæc enim ætas militaris definita est ex instituto Seruij Tulli & lege Gracchana, quam qui honestè compleuerunt emeriti appellantur, quia pleno stipendiorum numero functi sunt, stipendiis omnibus decursis vt scriptum est in *l.2.C.de his qui non implet.stipend.sacram. solut.sunt libr.*10.*tit.*54. Distinguendum igitur est An qui statutum militiæ tempus non compleuit, vicesimum tamen militiæ annum excesserit, an verò ante vicesimum annum dimissus sit. Qui vicesimum militiæ annum excessit similis esse creditur ei qui compleuit tempus legitimum si modò in legione vel vexillatione militauerit *l.vlt.eod.tit.* vt scilicet habeat perpetuam immunitatem. Quod tamen intellige si vel ob seruilem ætatem, vel caussaria missione dimissus sit, Alioqui missionem ignominiosam, vel militiam desertam fuisse necesse esset, si verò intra vicesimum annum dimissus sit non habet continuā id est præsentem excusationem, sed vel nullam vel ad tempus, sicut & quod ad reliqua ciuilia munera pertinet. Nullam si intra quinque annos militia solutus sit. At si post quinque annos vnius anni habet immunitatem, ita vt neque ad tutelam, neque ad cætera munera vocari possit primo post missionem anno: Qui autem post octo annos dimissus est habet immunitatem biennij, qui post duodecim triennij: qui post sexdecim quadriennij. Qui denique post viginti, is omnimodo & perpetuò vt diximus excusatur. Et ita Modestinus in *d. l. sed & milites §.quandoque & seq.* Neque alia huius distinctionis temporū ratio quærenda est, quàm quia sic fuit constitutum *l.non omnium* 20.D.*de legib.* Ideò autem adiecimus *si modò in legione vel vexillatione militauerit* ex *l.vltim. C. de his qui non implet.stipend.* quia si quis fortè inter nocturnos custodes & vigiles qui Romæ sunt, militauerit etiamsi per viginti annos anni solius habet remissionem *d.l.sed & milites §.qui autem*, tanquam qui minore priuilegio dignus sit, idcirco fortasse vt puto, quia & minore periculo militat, Quamuis non eo minùs sit veteranus si modò & ipse honestè solutus sit: Habétque priuilegium quod alij veterani habent vt etiam legionarius filiorum istius qui inter nocturnos custodes militauit tutor esse cogatur *§.veteranus ead.leg.* Planè qui in cohortibus vrbanis permilitauit cùm & legionarius sit *d.l.vlt.* legio enim ex cohortibus constabat, & præterea sit vrbanus & vrbicus miles, habet priuilegium vt quamuis ante viginti annos dimissus sit, dummodò vel honestè vel saltem causariè, perpetuam habeat à tutelis excusationem *§.scribit autem verf. planè si quis*, fauore scilicet vrbis Romæ cuius potissimū conseruandæ necessitas facit vrbicas militias fauorabiliores, aut vt loquitur Paulus, vrbanicianas in *l.qui mittuntur 35.§.sed & in vrbanicianis D.ex quib.caus.maior.* Nam & simili

l.2.C.de his qui non implet.stipend.

l.vlt.eod.ti.

d. l. sed & milites 8. *§. quandoque & seq.*

§. qui autē d. l. sed & milites.

§. veteranus ead.leg.

§.scribit autem verf. planè si quis

l.qui mittuntur 35.§. sed & in vrbanicianis D. ex quibus caus.maior.

stolam quandam Antonini Pij quæ licèt ad communitatem Asiæ missa generalis tamen est ad omnia loca quæ imperij Romani ambitu & legibus continentur. Verba epistolæ hæc sunt, Minores quidem ciuitates possunt quinque medicos immunes habere,& tres Sophistas,& Grammaticos totidem: Maiores autem ciuitates septem qui curent, quatuor qui doceant vtramque doctrinam. Maximæ autem ciuitates decem medicos,& Rhetores quinque & Grammaticos totidem. Supra hunc autem numerum ne maxima quidem ciuitas immunitatem præstat. Decet autem maximo quidem numero vti metropoles gentium, Secundo autem eas quæ habent vel forum causarū, vel loca iudiciorū. Tertio autē reliquas. Hæc Epistolæ verba sunt, in cuius interpretationē subiungit Modestinus non licere hunc numerū excedere neque sentētia Senatus, neque alia quauis adinuentione, Minuere autem vtique licere, Non quia non intersit reipublicæ quā plurimos esse, qui has professiones exerceant, sed quia nec publica vtilitas ferre potest vt tam multis immunitas concedatur, quæ in aliorum cessura sit incōmodum. Et hoc est quod ait Modestinus *quoniam pro ciuilibus muneribus apparet hoc tale factum.* Subiungit etiam, non aliter vtique huius immunitatis fructum constare posse, quàm si decreto Senatus inscripti sint numero concesso quotquot immunes esse volent,& prætereà se negligenter non habeant circa operationem, id est versentur diligenter in tractanda ea professione quæ tribuit immunitatem, quam scilicet non solius scientiæ fauor extorsit, sed operatio potissimùm & actio, cùm intersit parum reipublicæ doctum quem esse nisi & alios doceat. Vnde est quod quemadmodum non datur immunitas medicis quibuslibet, sed tantùm circuitoribus, ita neque Rhetoribus quibuslibet, sed tantum Rhetoribus Sophistis id est præceptoribus & magistris, qui docent præcepta dicendi vt benè Cuiacius interpretatur ad *d. l. 6. §. grammatici hoc tit.* Porrò quod diximus, non licere excedere numerū immunitati præstitutum, non vsque adeò generaliter verum est vt non pati debeat aliquam exceptionem. Si quis enim valde sit disciplinis instructus, id est tam excellenter vt cæteris omnibus qui intra numerum sunt, præcellat, etsi supra numerum sit,& in aliena patria moram faciat, placet immunem eum esse oportere. Et ita ipse quoque Antoninus Pius iussit, vt idem Modestinus noster refert in *d. l. si duas §. valde tamen.* Sed & quod diximus, Non alios numero cōcesso inscribi oportere, quàm qui à Senatu probati sint, non ita accipiendum est quasi non liceat reprobare illos qui semel fuerint probati. Possunt enim reprobari quandocumque præsertim medici *§. sed & reprobari d. l. si duas,* Cùm in republica sicut nihil est salutarius bono medico ita nihil sit periculosius malo vtpote ad quos salutis hominum cura pertineat *l. 1. in pr. D. de extr. cogn.* Atque ita Imperator Seuerus cum Antonino patre Lælio Basso rescripsit. Itémque Gordianus & generaliùs in *l. 2. C. de profess. & medic. lib. 10. tit. 52.*

d. l. si duas §. valde tamen.

§. sed & reprobari d. l. si duas.

l. 2. C de profess. & medic. lib. 10. tit. 52.

De philosophis.

PHilosophorum alia ratio est. Nullus enim certus eorum numerus constitutus est, Non quia videantur fauorabiliores cæteris qui bonas literas aut medicinam docent, sed quia rari sunt qui verè philosophantur, vt constitutio ait. Proinde verendū non est ne ex eiusmodi immunitate quasi nimis ampla nullísque finibus circumscripta lædatur respublica, quæ proculdubio ex immunitate aliis professoribus concessa si nullo numero coarctata esset, læderetur. Ex-

cipit autem constitutio munera patrimonialia, Sic enim subiicit *Existimo autem quoniam qui diuitiis superabundant voluntariè tribuent pecuniam in vtilitates patriæ, si autem propriè loquantur de substantia*, id est quasi propriam aliquam habeant substantiam, propriúmque ius aliquod immunitatis propter quod non debeant contribuere, *inde iam manifesti fient non philosophãtes*. Cui conuenit etiam rescriptum elegans Imperatorum Diocletiani & Maximiani in *l. professio 6. C. de muner. patrim. lib. 10. tit. 41. l. reddatur 8. C. de profess. & medic. eod. lib. tit. 52. l. 1. §. an & philosophi D. de var. & extraordin. cognit. l. in honoribus 8. §. philosophi D. de vacat. & excusat. muner.*

l. professio 6. C. de muner. patrim. lib. 10 tit. 41 l. 8. C. de profess. & medic. l. 1. §. an philosophi de var. & extr. cognit. l. in honoribus 8. §. philosophi de vacat. & excus. muner.

De professoribus liberalium artium, Musicis & Poetis.

AD de dari immunitatem etiam professoribus liberalium artium ex *l. 1. C. de decret. decur. l. 4. C de profes. & medic. l. ab his 10. §. angariorum. D. de vacat. muner.* Non tamen Musicis *l. 4. C. de excus. muner.* vt nec Poetis, *l. 3. C. de profess. & medic.* Non quòd non mereantur, sed quia lex deficit, inquit Cuiacius, & rectè *ad d. §. grammatici*.

l. 1. C. de decret. decur. l. 3. 4. C. de profess. & med. l. 10. §. angariorum de vacat. & excus. muner. l. 4. C. eod. d. §. est autē l. si duas D. hoc tit.

De immunitate philosophorum Medicorum, legum Doctorum, Geometrarum.

SEquitur apud Modestinum in *§. est autem*, aliud caput epistolæ eiusdē Antonini insertum constitutionibus Imperatoris Commodi, ex quo idipsum apparet quod proximè diximus, Etiam philosophos immunitatem habere tutelarū. Verba ipsa transcribemus quia prosunt ad interpretationē supradictorū támque aperta sunt vt nō indigeāt ipsa explicatione. Cōsimiliter autē his omnibus, inquit Cōmodus, Diuus pater meus mox ingrediens Principatū cōstitutione existentes honores & immunitates firmauit, scribēs Philosophos, Rhetores, Grāmaticos, Medicos immunes esse, itémque gymnasijs Sacerdotij stantes, & neque ad frumenti & vini & olei emptiones & præpositiones, & neque iudicare neque legatos esse, neque in militia numerari nolentes, neque ad aliū famulatū eos cogi, Porrò ita demū habent isti immunitatem si vel Romæ vel in patria sua aut doceant aut medicentur. Romæ quidem siue cū salario, siue sine salario non minùs quàm si in propria patria doceret, quia in regia vrbe quę & habetur & est cōmunis patria *l. Roma 33. ad municip.* magnum est & publicè vtilissimū se vtilē præbere. *§. Roma d. l. si duas & l. eos qui Romæ 9. D. de vacat. & excus. muner.* In patria verò quoniam hoc suæ patriæ quisque debet vt vtilem ei se præbeat, tanquam cui potissimùm natus sit *l. 1. §. & generaliter D. de ventr. in poss. mitt.* Cæterùm si quis existens Comaneus in Cæsarea doceat, aut medicetur, apud Comanenses immunitatem non habebit *d. l. si duas §. amplius & illud.* Quid verò de legum Doctoribus? Nihil enim de iis hucusque diximus. Certum est eos si Romæ doceant remissionem habere à tutela & cura sed non similiter si doceant in aliquo Præsidatu quomodo loquitur Modestinus in *§. legum verò Doctores eiusd. leg.* Quod ego sic accipiendū puto, vt quāuis nō Romæ sed tamē in patria sua doceant eandē immunitatē habeant quā habent cæteri. Cur enim deterioris cōdicionis sint qui nobiliore professione gloriātur? Præsertim cū verā illi nec fucatā philosophiā profiteantur *l. 1. §. 1. De iustit. & iur.* résque planè sacra & sancta sit ciuilis sapiētia *l. 1. §. proinde iunct. §. præced. De varijs & extr. cogn.* Sanè de hoc nō est qui dubitare hodie possit post nouā Cōstantini legē quæ extat in *l. medicos 6. C. de profes. & med. libr. 10. tit. 52.* Quidni

l. roma 33. ad municip. d. l. si duas §. Romæ l. eos qui roma 9. de vacat. & excus. mun. d. l. si duas §. ampliùs & illud.

§. legum verò Doctores ead. leg.

l. medicos 6. C. de profes. & medic. lib. 10. tit. 52.

Quidni autem etiam legum Doctoribus faueamus, cùm nec Athletis hæc immunitas denegata sit. Quamquam non athletæ omnes habent excusationem à tutela, sed ij tātū qui in sacris certaminibus coronati sunt, quas coronas sacras vocat Papinianus in *l. commodis* 40. *D. de re iudicat.* Ideo autem de certaminibus loquimur in plurali numero, quia non pauciora quàm tria certamina sacra esse oportet extra vrbem vt ciuilium munerum tribuenda sit athletæ vacatio. Romæ sanè semel vicisse ac coronatum esse sufficit *l. 1. C. de athlet. lib.* 10. *tit.* 53. Soli Geometræ deterioris condicionis sunt quàm athletæ. Nec enim vacant à tutelis *l. Geometræ* 22. *D. hoc tit.* quamuis hodie plenissimam habeant immunitatem ex Imperatorum Constantij & Constantis constitutione quæ extat in *l. 2. C. de excusat. artific. lib.* 10. *tit.* 64. Siue quòd immunitas licèt plenissima non soleat tribuere immunitatem à tutela vel cura, nisi id expressò dictum sit vt putat Cuiacius, siue potiùs quod Geometræ non minùs quàm architecti inter mechanicos numerentur, quibus proinde nullum competebat priuilegium ante *d. l.* 2. quæ tamen non tam de iis loqui videtur qui theoricā Geometriæ docent quæ cùm sit pars Mathematicæ disciplinæ & consequenter philosophiæ, nobilissima sanè scientia est, eadémque digna priuilegio immunitatis, quàm de Geometria practica, quæ planè mechanica est: quod & ipsa legis verba ostendunt, si modò legas initio legis *mechanicos* non vt antea *mathematicos*. Mathematicorum enim nomen tanquam sonans in malam partem legibus nostris exosum & odiosum erat *tot. tit. C. de malefic. Mathemat. & simil.* De quibus eleganter Tacit. in Histor. *Hoc genus hominum in ciuitate nostra & semper damnabitur & semper retinebitur.*

l. comm dis 40. D. de re indic. *l. 1. C. de athlet. lib. 10. tit. 53.* *l. Geometra 22. hoc tit.* *l. 2. C. de excus. artific. lib. 10 tit. 64*

De excusatione ob immunitatem collegijs concessam.

Etsi neque societas, neque collegium, neque corpus vllum haberi regulariter conceditur nisi vel ex Cæsaris vel ex Senatus autoritate id factū sit *l. 1. 3. & pass. D. de colleg. illicit.* In quibusdam tamen causis concessa sunt huiusmodi corpora, idque non alia de causa quàm ob publicam vtilitatem, quòd sine his corporibus non satis commodè respublica consistere posse videatur. Vt ecce, Vectigalium publicorum sociis permissum est corpus habere, item aurifodinarum, & argentifodinarum, & salinarum conductoribus. Sed Romæ potissimùm certa collegia sunt, veluti pistorum, & quorumdam aliorum & nauiculariorum, qui & in prouinciis sunt, inquit Caius in *l. 1. D. quod cuiusque vniuersit.* Porrò quæ ratio publicæ vtilitatis fecit vt huiusmodi collegia induci & adprobari oportuerit, Eadem causam præbuit concedendarum huiusmodi corporibus immunitatum *l. penultim. §. penultim. & l. vltim. D. de iur. immunit.* Iis scilicet corporibus & collegiis in quibus artificij sui causa vnusquisque adsumitur, vt fabrorum corpus est, & si qua eandem rationem originis habent, id est quæ idcirco instituta sunt, vt necessariam operam publicis vtilitatibus exhiberent *dict. §. penultim.* vbi tamen addit Callistratus quod notatu dignum est, non omnibus promiscuè qui assumpti sunt in his collegijs, immunitatem dari, sed artificibus duntaxat. Nec rursus aliis quàm tenuioribus per collegia distributis, Eos namque qui suas facultates augeant & munera ciuitatum sustinere possunt priuilegiis istis vti non posse. Et hoc est quod ex eodem Callistrato traditur in *l. non tantùm* 17. *§. eos qui D. hoc tit.* Eos qui in corporibus sunt, veluti Fabrorum immunitatem habere etiam circa

l. 1. & 3. de colleg. illicit. *l. 1. D. quod cuiusque vniuers.* *l. pen. §. pen. & l. vlt. D. iur. immun.* *d. l. non tantum 17. §. eos qui D. hoc tit.*

administrationem tutelarum exterorum hominum, id est aliorum quàm qui sint filij fabrorum in iisdem collegiis defunctorum, nisi, inquit, si facultates eorum adauctæ fuerint vt ad cætera quoque munera publica suscipienda compellantur. Idque principalibus constitutionibus cauetur. Quò etiam pertinet quod Paulus scribit in *l.vlt.in princip.eo.tit.* Eos qui in collegio pistorum sunt à tutelis excusari, sed ita demum si per semetipsos non per alios pistrinum exerceant. Requirit enim constitutio propriam actionem & operationem eius qui immunitate gaudere velit *l.si duas 6.§.1.& §.& vtique eo.tit.* Sed nec alios excusandos esse quàm qui intra numerum sint, ne alioqui plenior sit immunitas pistorum quàm philosophorum, de quibus diximus in præcedentibus. Quod autem de administratione tutelarum exterorum hominum sic interpretati sumus, vt tamen qui has immunitates habent à collegarum filiorúmque eorum tutela vel cura non excusentur, omnino conuenit cum eo quod Hermogenianus scribit in *l.administrantes 41.§.vlt.eod.tit.* vbi tamen additur *exceptis his quibus hoc specialiter tributum est.* Sunt enim qui hoc priuilegium habeant, vt à collegarum quoque filiorum tutelis excusentur *d.l.vlt.§.1.eo.* Fauore scilicet vrbicarum immunitatum quæ solent vt plurimùm esse pleniores. Denique sunt ista omnia iuris constituti, pendéntque ex constitutionibus, & quamuis non sine rationis colore aliquo constituta sint, magis tamen nituntur voluntate ipsa constituentium, quàm ratione aliqua iuris, Nam & inde est, quod addit Callistratus in *d.l.non tantùm 17.§.non omnia eod.tit.* Non omnia corpora vel collegia vacationem tutelarum habere, Ne quidem ea, quæ muneribus municipalibus obstricta non sint, nisi nominatim id priuilegium eis indultum sit, Neque enim quisquis accepit vel habet immunitatem ciuilium vel publicorum munerum, hic statim à tutela vel cura excusatur *l.spadonem 15.§.qui accepit* D.*hoc tit.* Sanè domini nauium non habent priuilegium vt à tutelis vacent *d.l.non tantùm §.penult.*

L.vlt.in pr. eod. — *d.l si duas 6.§.1.& §.& vtique eod.* — *l. administrantes 41.§.vlt.eo.tit.* — *d.l.vlt.§.1. eod.* — *d.l.non tantùm 17.§.nō omnia eod.* — *d.l.spadonē 15.§.qui accepit eod.* — *d.l.non tantùm §.pen.*

De excusatione ob assumptionem in Collegam aut aliam curam pro republ. susceptam.

TAntus est fauor publicæ vtilitatis, & eius operæ quæ pro republica impenditur, vt non tantùm magistratibus honorem gerentibus immunitas cōcessa sit, quemadmodum in præcedentibus diximus, sed etiam collegis eorum, ita vt quemadmodum præsides prouinciarum habent immunitatem, non quidem perpetuam sed temporalem quandiu prouinciam regunt, *l.si duas 6.aliàs l.athleta §.gentium* D.*hoc tit.* ita & si quem collegam secum duxerint etiam, qui iam antea tutor erat, debeat ille excusari & in eius locum alius curator dari *d.l.non tantùm 10.§.similiter eo.tit.* vbi refert Modestinus sic à Diuo Seuero constitutum esse, Ex eáque constitutione si quis eam benè adaptet, similibus capitulis, non malè induci posse vt in locum eorum omnium qui temporalem vacationem recipiunt curatorem dari oporteat. Est enim licita huiusmodi constitutionum quæ fauorabiles sunt extensio ad casus similes. Huc etiam referendum est, quod Papinianus noster scribit in *l.iurisperitos 30.D.hoc eod.tit.* Iurisperitos qui tutelam gerere cœperunt in Consilium Principis adsumptos, omnimodo nec ad tempus, sed in perpetuum excusandos esse ex Imperatorum cōstitutionibus, Propterea quòd, inquit, circa latus Principis agunt, & honor ijs delatus neque loci neque temporis certi finem habet. Quæ ratio etiam est

d.l. non tantùm §.similiter eod.tit. — *l.iurisperitos 30.eod.*

l.vlt.C.

l.vltim.C.hoc tit. vbi datur idem priuilegium silentiariis qui circa Principis latus militant,vt à tutelis & curis excusentur. Item quod Hermogenianus in *l.administrantes* 41.§.*penult.* Eorum qui reipublicæ causa absunt comites qui sunt intra statutũ numerum à tutela quæ absentibus,vel profecturis delata est excusari,sed ita tamen vt antea susceptam non deponant. Nam nec illi ipsi quorum sunt comites & qui reipub.causa absuturi sunt,susceptas tutelas deponunt,sed ad tempus tantùm excusantur, vt diximus in superioribus ex *l.1.C.si tut.vel curat.reipub.caus.aber.* *l.vlt.C.hoc tit d l administrantes 41.§.pen. D.eod. l.1. C.tut. vel curat reip. caus. aber.*

De immunitate illorum, quibus Princeps curam alicuius rei iniunxit.

SImilis causa est eorum quibus Princeps curam alicuius rei iniunxit, Nam & hi excusantur à tutela ad tempus,id est donec eius rei curã gerunt *l. Geometræ* 22.§.1.D.*hoc tit.*Multò magis si rem ipsam Principis administrent, siue ex codicillis,siue ex nuda Principis indulgentia, id est etiam citra codicillos *d.l.administrantes* 41.*in princip.eod.*vbi addit Hermogenianus, Idem custodiri in iis quæ præfecturam annonæ,vel vigilum gerunt.Sunt enim isti etiam magistratus, & habent potestatem aliquam *l.1.& pas.de offic.præf.vigil.l.penult. D.de condict.caus.dat.* certè habent honorem quod sufficit vt immunitatem à tutela & cura sibi vindicare possint *l.non tantum* 10.§.*sanè notum est D.hoc tit.* Parũ verò interest an quis rem Principis administret,an rem fisci.Nã & Diuus Marcus in Semestribus rescripsit,eũ qui res fisci administrat à tutela, vel cura quãdiu administrat excusari posse.§.*itẽ Diuus Marcus hoc tit.*quod & de tributorũ exactoribus scriptũ est in *l.exactores* 10.C.*eod.*Itémq; de mensoribus frumentariis in *l.mensores* 26. *D.eo.*Illud magis mirũ est,quod libertinus qui senatori patrono procurat,excusationem habet ab aliorũ tutelis,dummodò nõ transierit in ordinem ingenuorum iure fortassis aureorum annulorũ impetrato,vt Tryphoninus scribit in *l.cùm ex oratione* 44.§.*vlt.eo.tit.*Sed obseruandũ est solis masculorum Senatorum non etiã vxorum ipsorum libertis hoc priuilegium concessum esse *l.spadonem* 15.§.*liberti eod.*Nec pluribus libertis si fortè plures sint,sed vni tantùm *l.ne Senatorum* 13.C.*eo.*Nec enim tam facilè concedi potuit,aut debuit tanta immunitas.

l.Geometræ 22.§.1. D. hoc tit. d.l.administrantes 41. in princip.

d.l.nõ tantum 10. §. sanè notum est hoc tit.

§.item Diuus Marcus hoc tit. l. exactores 10.C.eod l. mensores 26. D. eod. l.cùm. ex oratione 44. §.vlt.eo.tit. d.l. spadonẽ 15.§. liberti.

ILLATIO IV.

De excusatione quæ tutori creato competit ob vtilitatem pupilli.

QVartò ex eodem Principio nostro fit,vt tutor creatus plerumque iustã habeat excusationem,non solùm ob personæ suæ cõdicionem,sed etiam ob commodum & vtilitatem pupilli, Quia cùm tutela sit onus publicum & ciuile non alia de causa inductum quàm vt pupillorum saluti & vtilitati plenissimè consulatur,fieret omnino contra mentem ciuilis legislatoris, si is tutor daretur,aut curator qui neque tutelam,neque curam administrare posset, nisi cum incommodo & dispendio pupilli,vel adulti.Et hæc sanè omnium iustissima excusatio est,vt suprà iam attigi, Ne alioqui quod fauore pupillorum & adultorum constitutum esset in ipsorum odium retorqueretur contra *l. quod fauore 6.de legib.l.nulla* 25.D.*eod.l.penult.*C.*ad SC.Trebell.* Multa verò sunt excusationum capita quæ ad hanc vnam causam referuntur:sed ista potissimùm,si quis ob ætatem excusari velit,si ob paupertatem, si ob valetudinẽ, si ob litem,si ob inimicitias,si denique ob imperitiam & rusticitatẽ. De sin-

gulis verò dicendum est ex ordine ea ipsa methodo, quam in præcedentibus tenuimus.

De excusatione ob ætatem.

§. item maior 13. hoc ti. l. 2. in princ. D. eo l. vni. C. qui ætat. se excus. l. qui filiũ 74. D. ad SC. Treb l. 3. C. qui æta. vel profess. l. 1 §. quãuis maior & §. curafrumenti de muner. & honor. l. 3. D. de iur. immunit. l. semper §. in prin. eod. tit. l pen. §. vlt. D. hoc tit. d. l. 2. eod.

EXcusantur à tutela & curatoria, qui septuaginta annos compleuerunt §. *item maior* 13. *hoc tit. l. 2. in princip.* D. *eod. l. vnic.* C. *qui ætat. se excus. l. qui filium* 74. §. 1. D. *ad SC. Trebell. l. 3.* C. *qui ætat. vel profess. lib.* 10. *tit.* 49. *l. & qui originem* 3. §. *quamuis maior* 6. & §. *cura frumenti* 12. D. *de muner. & honor. l. maiores* 3. D. *de iur. immunit.* vbi dicitur debere quem esse maiorem annis septuaginta, nec sufficere, vt iam quis ingressus sit annum septuagesimum si nondum egressus sit, quia non potest dici maior septuagenario qui annum adhuc agit septuagesimum. Nec tantùm à tutela & cura excusatur septuagenario maior, sed & multò magis à reliquis muneribus ciuilibus, Idque non tam veneratione senectutis quæ semper in ciuitate romana venerabilis fuit, & eundem penè honorem meruit qui magistratibus tribuebatur vt ait *l. semper* 5. *in princip.* D. *de iur. immunit.* (Senectus enim est etiam priusquàm septuagesimus annus completus sit *l. non aliter* 99. §. 1. *de leg.* 3. sed quia difficile sit, vt in ea tam graui & prolixa ætate possit quisquam alienis negotiis superesse, qui nec suis superesse potest, vt proinde dubitandum non esset, quin & pupillus damnum passurus esset & respublica si vel tutela, vel quoduis aliud munus publicum ei qui septuaginta annis maior esset committeretur, *l. penultim.* §. *vltim.* D. *hoc titu.* Quod cùm ita sit mirum sanè videtur quod Modestinus scribit in *dicta lege 2. in princip. eod.* Excessisse oportere septuaginta annos tempore illo, quo quis creatur, aut quo hereditatem scriptus heres adiit si de testamentaria tutela loquamur, aut denique quo condicio quæ testamento inserta est completa sit, non autem intra tempora excusationis. An non enim absurdum & inconueniens futurum est, vt malè administretur res siue pupilli, siue publica si ei credatur administratio qui tùm impleuerit annum septuagesimum, tametsi neque creationis, neque aditionis, neque impletæ condicionis tempore annum illum excessisset? Quid verò potest impedire excusationem quandiu res integra est intra tempora proponendæ excusationis? Sed dicendum est in huiusmodi causis quæ ad ius publicum pertinent necessariò debuisse ius ita constitui, vt certum esset. Nihil enim est quod ad iuris nostri dignitate tantopere abhorreat, quàm vt incertum existimetur *l. 2.* D. *de iur. & fact. ignor.* Non aliter autem certum ius esse potest cùm de ætate quæritur quàm si tempora de momento in momentum computentur *l. 3.* §. *minorem* D. *de minor. l. 1.* D. *de manumiss.* Momentum igitur aliquod cõstitui necesse fuit quo inspici oporteret, an tutor creatus qui se excusare vellet, septuagesimum annum impleuisset. Illud verò instaris non potuit constitui tempore ipso excusationis inspecto. Quisquis enim ob ætatẽ excusari vult, eum necesse est iam ætatem illam impleuisse priusquàm de excusatione quæri oporteat. Prius enim est, vt excusatio nata sit, quàm vt de proponenda excusatione tractari possit. Non ergo potest nasci excusatio ætatis iam completæ ob id solùm quòd intra tempora proponendæ excusationis complementum ætatis superuenerit. Rectè igitur constitutum est, vt oporteat impletos esse annos septuaginta, vel ipso creationis tempore quod maximè inspici solet cùm de excusatione quacumque agitur *dict. l. 2.* §. *oportet*, & §. *numerum*.

l. 2. de iur. & fact. ign.

l. 3. §. minorem D. de minor. l. 1. D. de manum.

d. l. 2. §. oportet & §. numerum.

Vel

Vel saltem eo tempore quo aditur hereditas, scilicet si de testamentaria tantùm tutela non de alia loquamur, quia nec dies tutelæ testamentariæ cedit ante aditam hereditatem *l. pen. §. 1. eod tit.* Vel denique eo tempore quo testamẽtariæ tutelæ condicio extiterit si data sit sub condicione quo etiam modo dari testamento potest, quia condicionalis tutelæ testamẽtarię dies nec priùs cedere potest quàm condicio extiterit, licèt iam adita hereditas sit, nec rursus ex die condicionis existentis ante aditam hereditatem vt iam alio loco à nobis dictum est in præcedentibus, cùm egimus De excusatione ob tutelas.

l pen. §. 1. eo. tit.

De excusatione ob imbecillam nimis ætatem.

QVemadmodum autem tam lõga & prolixa ætas excusationem præbet à tutela, Sic & ea quæ nimis imbecilla est, vt loquitur Callistratus in *l. 5. §. penult. D. de iur. immunit.* qualis ea est quę minor est annis vigintiquinque. Imbecilla scilicet consilio, vt è contrario ætas excedẽs annũ septuagesimum debilis est & imbecilla corpore *l. 2. §. quẽ ita senio D. de vacat. & excus. mun.* iũct. *l. 1. D. de minor.* Egebant igitur olim minores excusatione *d. §. item maior. hoc ti.* vt non molestarentur quomodo loquitur Modestinus in *l. non solùm 10. §. si libertus D. eod.* Addens interim alterum in locum eius creari curatorem oportere, Siue testemento datus sit tutor impubes aut minor, fortassis libertus à patrono, siue etiam legitimus tutor sit quem impuberem esse cõtingat. Etsi enim legitimi tutores excusari nõ solent, necessitas tamen facit, vt in eius locũ dari curatorem oporteat. Sed cùm ita ius vetus se haberet, Iustinianus noster id non malè correxit in *l. vlt. C. de legit. tutel.* vbi constituit, vt nec pupillus, nec adultus possit vocari ad tutelam, nequidem ad legitimam quòd absurdum sit & inciuile illos qui alieno auxilio in rebus suis administrandis egere noscũtur, & ab aliis regũtur, aliorum tutelam, vel curam subire. Nec enin id fieri potest quin fœda & nominum & rerum confusio inducatur vt scriptum est in *d. l. vlt.* Ab honoribus sanè ætas non excusat, vt neque numerus liberorum *l. in honoribus 8. D. de vacat. & excus. muner.* Nisi quod Cuiac. ad *l. 2. hoc tit. notat.* Ab honoribus annos sexaginta excusare in vrbe, Ab honore autem Decurionatus excusare annos quinquaginta quinque, de quo iam aliquid in præcedentibus diximus. De variis ætatum distinctionibus, & Definitionibus vide Cuiacium ibidem.

l. 5. § pen. de iur. immunit.

l. 2. §. quem ita senio D. de vaca. & excus. mun.

d. §. itẽ maior hoc tit.

l. non solùm 10. §. si libertus eod.

l. vlt. C. de legit. tutel.

l. in honoribus 8. de vacat. & excus. muner.

De probatione ætatis.

AEtatem porrò probari necesse est hoc casu vt & in cæteris omnibus ab eo qui allegat, quique suã intentionẽ in ea allegatione fundat *l. 2. l. cùm de ætate 13. D. de probat. l. cùm te minorem 9. C. eod. l. de ætate 43. D. ex quib. caus. maior.* Probatur autẽ vel ex scriptura natiuitatis quas natales professiones vocãt de quibus in *l. etiam matris 16. D. de proba.* iunct. *l. non epistolis 13. C. eod.* vel per testes qui nasci & educari viderint *l. 2. C. de iis qui ven. ætat. impetr.* Vel ex aspectu *l. minor 32. D. de min. l. 3. C. si min. se maior. dixer. l. 1. C. Greg. si maior fuer. probat.* vel aliis denique legitimis demonstrationibus vt loquitur Modestinus in *d. l. 2. §. ætas autem D. hoc tit.* de quibus nunc plura dicendi non est locus.

De excusatione ob pauperatem.

HAbet etiam paupertas sua priuilegia, sed quæ captet, & ambiat nemo. Nam & propter paupertatem tribui debere excusationem à tutela Imperatores voluerunt *§. sed & propter paupertatem hoc tit. l. paupertas 7. D. eod.* At non quælibet paupertas habet hoc priuilegium, sed illa solùm quæ tanta sit vt tutor datus possit se probare imparem oneri iniuncto, vt lex ait. Quod Paulus in *l. post susceptam 40. §. 1. eod.* sic exprimit vt dicat paupertatem quæ operi & oneri tutelæ impar est soleat tribuere vacationem. Etsi enim tutela non videtur ex eorum munerum personalium numero, quæ sumptibus patrimonij damnísque administrantis expediuntur, qualia sunt ea quæ patrimonialia vocamus *l. vl. §. patrimonium D. de muner. hon.* Tamen neque pupillo vtile, neque honestum esset ad tutelam vocari eum qui tam tenuis & exhaustus esset, vt vix de suo victum sustinere posset, Præsertim si alij sint qui conuenientiùs creari possint *arg. l. scripto 6. eod.* Quomodo enim fieri queat, vt pupilli rebus administrandis operam aliquam & diligentiam impendat tutor, qui victum ipse sibi quæritare compellatur? Sanè excusatio & immunitas quæ ob paupertatem tribuitur, numquam perpetua, semper temporalis est. Nam si ex voto cuiusque honestis rationibus patrimonium acceperit incremētum, æstimabitur suo tempore an aliquis idoneus sit, siue ad tutelam, siue ad alia publica munera ad quæ fuerit creatus *l. cura 4. §. deficientium eod. tit. l. ab his oneribus 10. §. auctis D. de vacat. & excus. muner.*

§. sed & propter paupertatem hoc tit. l. paupertas 7. D. eod. l. post susceptam 40. §. 1. eod.

l. vlt. §. patrimonium de muner. & honor. l. rescripto 6. eod.

l. cura 4. §. deficientium l. ab his 10. §. auctis D. de vacat. & excu. muner.

De excusatione ob valetudinem.

ADuersa quoque valudo excusat, & quidem non tantùm à suscipienda tutela, sed etiam à suscepta, vt etiam cœptam administrationē deserere quis impunè possit, At non quælibet valetudo, sed ea tantùm quæ impedimento sit quominùs suis rebus superesse tutor possit *l. non solùm 10. §. vlt. & l. seq. D. hoc tit.* vnde sumptus est *§. item propter nostr. tit.* Nam cùm tutores non ad aliud obligentur, quàm vt circa rerum pupillarium administrationem adhibeant eandem diligentiam quam rebus suis diligens paterfamilias ex bona fide præbere debet *l. à tutoribus 33 in princip. D. de admin. tutor.* quis ferat vt tutor creetur, vel maneat is, qui rebus propriis superesse nullomodo possit? An non ea res pupilli vtilitates omnino læderet, tametsi tam locuples tutor esset, vt ab eo eiusve fideiussoribus indemnitatē consequi posset? *arg. l. suspectus 5. & seq. D. de suspect. tutor.* Sed & an non esset longè iniquius ex ea causa morari in damno tutorem, cui nihil posset imputari? Nec distinguemus an corporis valetudo fuerit an mentis & animi: sed illud tantùm inspiciemus, An siue corporis, siue mentis valetudo tanta sit, quæ ab agendis rebus tutorem, aut creatum, aut creandum prohibeat, vt ne suis quidem negotiis sufficiat: Necessitati enim succumbendum necessariò est, etiamsi libertus sit is cui tutelá defertur, quíque alioqui vix iustam vllam potest habere excusationem *l. liberos 5. C. hoc tit.* Ne impossibile munus tutelæ iniungatur quod obiri ab eo non possit, idque cum incommodo pupilli & aduersus ipsius vtilitatem, vt Tryphoninus ait in *l. penult. §. vlt. D. hoc tit.* Idque est quod Paulus ait in *l. post susceptam 40. in princip. eod.* Post susceptam tutelam cœcum, aut surdum factum, aut mutum, aut furiosum, aut veletudinarium deponere tutelam posse *l. vnic. C. qui morbo. l. 3. C. qui dar. tutor. poss.*

l. non solùm 10. §. vl. & l. seq. D. hoc tit. §. item propter eod.

l. libertos 5. C. eod. tit. l. pen. §. vlt. D. eod. d. l. post susceptam 40. in princ. l. vni. C. qui morbo l. 3. C. qui dar. tutor. poss.

Distin-

Distinguendum tamen est an perpetuus morbus sit an temporalis, vt perpetuus perpetuam excusationem pariat, temporalis verò non nisi temporalem *l. idem Vlpianus 12. in princip. eod. l. pen. in princip. D. de vacat. & excus. muner.* vbi addit Vlpianus generaliter perpetuam excusationem habere illos, qui aliqua de causa in perpetuum impediuntur ne operam illam dare possint ad quam vocantur, puta si quis etiam sacerdotium nactus sit, vt ab eo discedere sine religione non possit. Ergo si quis ita ægrotus fuerit, vt oporteat eum non omnino dimitti à tutela, sufficiet in locum eius dari curatorem interim vt posteaquàm sanatus erit, recipiat tutelam, siue in corporis ęgritudinē inciderit, siue in insaniam *d. l. non solùm 10. §. si quis ita*, Vt fieri solet & debet quoties eius qui iam tutor aut curator datus fuit, temporalis tantùm excusatio & vacatio est *§. similiter ead. leg.* In quo curatorum genere, id est eorum qui dantur in locum excusatorum, obseruandum illud est non durare illos vl- t[illegible] bertatem non magis quàm si tutores essent *l. 2. C. in quib. caus. tutor. habent.*

l. idem Vlpianus 12. in princ. eod. l. penult. in prin. de vacat. & excus. muner.

d. l. nō solum 10. §. si quis ita.

§. similiter eiusd. leg.

l. 2. C. in quib. caus. tut. hab.

De excusatione ob litem.

EXcusatur etiam quis à tutela propter litem quam cum pupillo habeat si fortè, vel de omnibus bonis, vel de maiore illorum parte controuersia sit, vel de aliqua hereditate *§. item propter litem hoc tit. l. propter litem 21. eod.* Nam cùm amicissimos & fidelissimos quosque eligi oporteat, siue à parentibus, siue à magistratu vt tutores pupillis dentur, vt tutelę onera & incommoda subeant alacriùs *l. amicißimos 36. eod.* Difficile sanè est, vt qui litem cum pupillo habet, vel de bonis omnibus, vel de maiore parte bonorū, vel de hereditate aliqua tam amicus sit pupillo, vt pro eius commodis laborem suscipere nullum velit. Tritum enim est, nimiúmque quotidiana rerum experientia compertū, Litibus cōcordiam quæ anteà fuerat etiam inter amicissimos non modò diminui, sed penitus etiā dissolui, Odia verò & inimicitias generari, Propter quam causam ciuilis legislator tanto odio lites execratur, vtpote qui sciat non nisi concordiæ vinculo rempublicā teneri & conseruari posse. Planè pro liticula, id est pro ea lite, quæ sit de re parui momenti non est æquum tribui excusationem ne per rem minimam rei maiori præiudicium fiat *l. rei maiori 21. D. de except.* Magna autem res est tutela quæ & publicum & ciuile munus est, à qua proinde non sine magna causa excusari quis debet, Adeóque nec si plura excusationū iura velit cōiungere, vt simul iūcta possint apparere iusta quæ singula auxilium non præberent *l. spadonem 15. §. qui iura D. hoc tit.* Atqui, inquies, non potest tutor pupillo suo autor fieri in rem suam *l. 1. l. quod dicimus 7. D. de tutor. autor.* neque rursum pupillus stare in iudicio sine autoritate tutoris, vt neque adultus sine autoritate curatoris *l. 1. §. in causis l. 2. de admin. tutor.* Qui ergo fieri potest, vt inter pupillum & tutorem, aut inter adultum & curatorē lis aliqua, vel de minima re agitetur? Responsio facilis est dandum esse hoc casu siue pupillo, siue adulto curatorem si non alius sit contutor qui autoritatem præstare possit *l. 1. & vlt. C. de in lit. dand. tutor. vel curat.* Sanè nec quantucumque magna lis excusationem præbere potest si fortè per calumniam euidentem instituta sit, & ob hoc ipsum vt tutori vel curatori nullam excusationem aliam habenti immunitatem præbere posset *l. si duas 6. aliàs l. athletæ §. ampliùs autem D. hoc tit.* Nec enim lis per calumniam instituta prodesse vnquam debet calumniatori *l. in summa 65. §. D.*

§. item propter litem hoc tit.

l. amicissimos 36. eod.

l. spadonem 15. §. qui iura eod.

l. 1. & vlt. C. de in lit. dand. tutor. vel curat.

d. l. si duas § amplius autem.

l. in summa 65. §. 1. de condict. indeb.

de condic.indeb. Ergo si pupillum patruus in legitimum tutorem petitus contendat exheredatum esse & se heredem scriptum, Æquissimum est imò necessarium dari pupillo alium tutorem recepta patrui excusatione, quamuis legitimi tutores non soleant excusari. Quinimò si nolit patruus excusationem petere cùm iam sit tutor ipso iure, remouendus est à tutela, vt alio tutore dato lis inter eum & pupillum expediatur *l.si pupillum* 20.D.*hoc tit.* Sed etsi pupillo litem esse necesse sit non cum tutore ipso, sed cum sorore, aut liberis sororis pupilli, alius tutor æquè vel curator in locum tutoris dandus est, quia nec humanitatis, nec religionis ratio permittit vt aduersus sororem, vel filios sororis actionum necessitates tutelæ causa quis suscipiat, cùm & ipsius quoque pupilli aliud exigere videatur vtilitas, scilicet vt eum tutorem potiùs habeat qui ad eius defensionē non inhibeatur adfectu vt eleganter ait *l.humanitatis* 23.C.*hoc tit.* id est qui nulla maiore erga alium adfectione prohibeatur ne pupilli sui defensionem suscipiat.

l.si pupillum 20.D.hoc ti.

l.humanitatis 23.C.eod.

De excusatione ob inimicitias.

IVstior est ea excusatio quæ ob inimicitias competit, quàm quæ ob litem, quia ex lite etiam de re graui, præsertim si de bonis tantùm sit, aut de maiore bonorū parte non de capite, vel existimatione, præsumptio tantū nascitur odij & inimicitiarū, Nos verò nunc agimus de inimicitiis quæ sint non modò veræ, sed etiam probatæ: cùm è contrario amicissimos esse oporteat eos, qui in tutores eliguntur, vt proximè dicebamus ex *l.amicissimos* 36.*D.hoc tit.* Sicuti tamen de lite diximus non sufficere qualemcumque litem, vt excusationem tribuat, & immunitatē, sed oportere vt sit vel de bonis omnibus vel de maiori bonorū parte, Ita neque sufficit qualisqualis inimicitia, sed ea demū quæ sit capitalis, *l.si duas 6.aliàs l.athleta §.dat remissionem* D.*hoc tit.* siue capitalem intelligas quæ ex capitali accusatione orta sit inter eum qui tutor petitur, & defunctum pupilli patrem, siue illam quam sola mors alterutrius dirèmptura videatur. Sed hoc ad eos tantùm tutores pertinet, qui à magistratu dati sunt, non ad testamentarios. Magnum enim ac propemodū irrefragabile argumentum est remissæ ac dissolutæ inimicitiæ, si quis eum quem ante habuit inimicum postea liberis suis testamento det tutorem: cùm tutor ferè alter pater sit, & tutoria potestas quodammodo vicaria patriæ potestatis, vt diximus initio *Tit.de tutel.* Nam si post factum testamentum tutelámque datam ei qui tunc amicus credebatur superuenerint capitales inimicitiæ non potest dici maiorem testamenti anterioris, quàm posteriorum inimicitiarum rationem habendam esse. Credendus enim potiùs est pater à priore voluntate recessisse ob eam causam quæ posteà superuenit, & quæ testamenti tempore ignorabatur *l.in confirmando 8.cum duab.seqq.D.de confirm.tutor.l.3. §.si tutor* D.*de suspect.tutor.* Leuis planè offensa quæ superuenerit non nocet ne quidem fideicommisso *l.3.§.vlt.D.de admin.legat.* Multò minùs ergo nocebit tutelæ, quæ non ad honorem & commodum tutoris pertinet, vt fideicommissum, sed ad onus ipsius, commodum verò pupilli. Potest tamē interdum fieri vt inimicitia testamento antiquior sit, nec per testamentum remissa & purgata intelligatur. Quid enim si inimicus inimicum mala mente & inimico animo tutorem dederit, id est ob hoc ipsum vt obligaret eum & supponeret debito ac negotiis? Non erit vsque adeò indulgendum malitiæ homi-

l. amicissimos 36. D. hoc tit.

l.si duas 6.aliàs l.athleta §. dat remissionē D. hoc tit.

l. in confirmando 8.cū seqq. D. de confir.tutor. l.3. §. si tutor D. de suspect. tut.

hominis vt inimicitiarum oblitus videatur qui de vindicta eo tempore cogitauit *d. §. dat remissionem l. 1. C. si propt. inimicit. §. item si propter & §. inimicitiæ hoc titul.* Illa verò semper iustissima excusationis causa esse creditur si quis status sui controuersiam passus sit à patre pupilli, id est si pater pupilli eum in seruitutem petierit *d. §. inimicitiæ.* Nec enim grauior lis, aut inimicitia esse potest, quàm quæ est de statu & de capite *§. item is qui status 12. hoc tit.* Sunt enim ista paria Capitis accusare & in seruitutem petere ita vt ex vtraque causa etiam ius patronatus amittatur *l. qui cùm maior 4. D. de bon. libert.* Nisi in casu *l. si inimicitiæ 9. D. de his quæ vt indig.* Quare nec aliud erit si tutor datus controuersiam status faciat pupillo, dummodò non per calumniam ea lis moueatur, sed bona fide *d. l. si duas 6. aliàs l. athletæ §. amplius autem.*

d. §. dat remissionem l. 1. C si pro. inimicit. §. item & §. inimicitiæ hoc tit. l. 4. D. de bon. libert. l. 9. D. de his quæ vt indign.

De excusatione ob imperitiam & rusticitatem.

EAdem ratio vtilitatis pupilli facit, vt mediocritas quoque & rusticitas interdum iustam præbeat excusationem secundum epistolas Diuorum Hadriani & Antonini, vt ex Paulo refert Modestinus in *l. si duas 6. & aliàs l. athletæ §. vltim. D. hoc titu.* vbi tamen additur, Eius qui se neget literas scire non admitti excusationem si modò non sit expers negotiorum. Tutela enim nomen rei & negotiationis est non scripturæ & literarum: Videmúsque quotidie multos literarum penitus imperitos nihilominus negotia & sua & aliena benè prudentérque administrare. Ex quo apparet quod Iustinianus noster in *§. similiter eos hoc tit.* scribit, Eos qui literas nesciunt excusandos esse, quamuis, inquit, & imperiti literarum possint ad negotiorum administrationem sufficere, de iis omnino accipiendum esse qui non minùs negotiorum quàm literarum sint imperiti, Nisi dicas cũ Cuiac. ad *d. l. 6. §. Grammatici in fine hoc tit.* ius vetus fuisse hac parte à Diuo Pio immutatum: quod tamen parum probabile est. Quamquam ea ratio suadere maximè videbatur, vt sola literarum imperitia posset tribuere excusationem, quòd actus sui rationem tutores & curatores omnes conficere necesse est, vt possint eam postea siue pupillo, siue contutori reddere *l. 1. §. officio D. de tutel. & ration. distrahend.* quod tamen sine scriptura fieri nec commodè, nec vllomodo potest. Sed cùm non sit necesse vt ipsius tutoris manu exaratæ sint, & conscriptæ, quid vetat conscribi eas ab alio, dictari verò ab ipso tutore qui gesserit, vt proinde nec ab alio quàm ab ipso confectæ dici possint? eam planè scripturam si à tutore ipso fieri nequeat certum est, pupilli sumptibus fieri debere. Omnes enim sumptus bona fide in tutelam facti dum ne in tutorem ipsum, omnimodo præstandi sunt à pupillo, nisi cùm ab eo qui tutorem dedit certum, siue solatium siue salariũ constitutũ est, ex quo potuerit tutor & debuerit sumptus illos prorogare *l. à tutoribus 33. §. vltim. D. de administra. tutor.* Apparet etiam ex supradictis, quod de mediocritate scribit Modestinus ex Paulo in *dict. l. 6. §. vlt* non ad mediocritatem & tenuitatem patrimonij referendum esse, vt quidam volunt, sed potius ad mediocritatem & tenuitatem industriæ quæ non valde distet ab imperitia negotiorum, & rusticitate. Sumpsit enim Paulus & post eum Modestinus illa pro synonimis, vt probant præcedentia illa & prima verba *§. De rusticis autem & humilibus & illiteratis scribit Paulus ita*, Itẽ quod in *l. seq.* scribitur de paupertate tanquam omnino diuersum quid, Pau-

l. si duas 6. aliàs l. athletæ §. vlt. D. hoc tit.

§. similiter eos hoc tit.

l. 1. §. officio de tutel. & rat. distr.

l. à tutoribus 33 §. vlt. D. de adm. tut.

d. l. 6 §. vlt.

pertatem dare excusationem. Nec enim tenuitas & mediocritas patrimonij excusat à tutela cùm nec paupertas ipsa excuset nisi quæ tanta est, vt tutorem faciat imparem oneri iniuncto.

ILLATIO V.

De excusatione ob diuersitatem condicionum.

QVintò ex supradicto eodem Principio nostro fit, vt aliquando competat excusatio à tutela, vel cura ob diuersitatem condicionum, Puta si ingenuus libertino tutor detur *l.1.§.libertinis D.hoc tit.* vbi scriptum est, Libertinis pupillis ingenuos tutores vel curatores à Præsidibus dari non debere nisi omnimodo libertinorum penuria sit in illo loco. Libertinis enim libertinos solos dandos esse & quidem qui ex eodem loco sint, Diuus Marcus rescripsit, Nempe quia cùm tutelæ munus sit publicum & ciuile vt Principium nostrum habet, Nemo nescit quàm maximè interesse publicè, vt condicionum distinctio seruetur, suáque cuilibet ciuium condicioni dignitas & prærogatiua, Maximè verò vt ingenui dignoscantur à libertinis *l.1.§.sed etsi seruus D.de inspic.ventr.l.1.& tot.tit.D.si ingen.ess.dicet.l.diffamari 5.& tot.tit.C.de ingen.manumiss.* Etsi libertinos ingenuis tutores dari nihil prohibet, Ne si aliter obseruetur, inducamus æqualitatē inter eos inter quos condicionum diuersitas inducit potiùs inæqualitatem. Non tamen vsque adeò prohibitum est, vt libertino pupillo ingenuus tutor detur, vt nō sit ei necessaria excusatio, Debet enim excusari *l.cùm ex oratione 44.D.hoc tit.* Alioqui tutor manebit & perseuerabit, siue nullomodò se excusauerit, vt in *l.pupillo 27.§.1.D.de tutor. & curat.dat.* siue excusationem fortasse tardiùs & extra tempora propositam iudex admittere noluerit & nihilominùs tutor iudicato acquieuerit. Hoc enim facit autoritas rei iudicatæ *l.3.C eod.* Itémque fauor pupilli ne incertum sit an tutorem habeat, an non *l.hoc tit.D.* Excipimus tamen casum illum *Nisi libertinorum penuria sit in illo loco.* Nimirum ex generali regula *l. vt gradatim 11.§.quoties penuria est D.de muner.& honor.l.2.C.qui ætat.* vbi dicitur etiam minores vigintiquinque annis adstringi muneribus ciuilibus cùm penuria est ciuium. Requirimus autem, vt libertinus qui tutor datur, sit & ex eodem loco etiamsi detur à præside prouinciæ contra quàm putet Cuiac.ad *l.1.huius tit.* Ne si ex alio loco euocetur incommodo aliquo patronus afficiatur. Quod non perinde potest dici de ingenuis de quibus accipe *l.10. D.de tutel.l.diui.24.de tut.cur.dat.*

l.§. libertinus D. hoc tit.

l.1.§.sed etsi seruus D de ventr.inspi. l 1.si ingen. ess. dict. l.5. C de ingen. manum. l. 44. D. hoc tit.

De illo qui ius annulorum impetrauit si datus sit tutor libertino.

AT quid si non ingenuus tutor libertino datus sit, sed is qui ius annulorum impetrauerit? Eandem habebit excusationem, quia licèt ingenuus non sit, ingenuitatis tamen iura omnia nactus est *l.1.& tot. titu. D.de iur. aureor. annul.* Et ita ab Imperatoribus rescriptum esse testatur Tryphoninus in *dict.l.cùm ex oratione 44.in princip.D.hoc tit.* Ergo, inquit, si pupillo libertino habenti ius annulorum datus sit ingenuus tutor, vel curator, consequens est, vt excusatio eius ob hanc cōdicionū diuersitatem accipi nō debeat. Nulla.n.cōdicionum diuersitas esse intelligitur inter eū qui ingenuus natus, & eum

l. cùm ex oratione 44. in prin. hoc tit.

eum qui ingenuitatis iura nactus est, quamuis hic reuera non tam sit ingenuus quàm habeat iura, & honorem ingenuitatis. At si antequàm pupillus vel pubes minor annis vigintiquinque ius annulorum acciperet, Lucius Titius ei datus tutor vt ingenuus excusatus fuerit, maior dubitatio est, an post impetratū à pupillo vel minore beneficium denuò eidem tutor curatórve dari possit, videtur enim prior excusatio debuisse perpetua esse non temporalis. Sed non ita est, Nam imò verò tutor dari postea poterit suo loco & tempore, Exemplo eius quod placuit & rescriptum est in eo qui tempore quod intra annum erat ex quo reipublicæ causa abesse desierat, excusatus fuit, scilicet præterito anno ipsum suo loco dari posse. Cessante enim causa excusationis ipsa quoque cessare debet excusatio vt in superioribus diximus ex *l. si duas 6. aliàs l. athletæ §. gentium l. idem Vlpianus* 12. *D. eod.* Rursum pone libertinum hominem qui Senatori patrono procurat impetrare ius annulorum, atque ita transire in ordinē ingenuorum, An habebit excusationem ab aliorum tutelis, quomodo habent liberti cæteri qui Senatoris rem & patrimonium administrant in *l. spadonem* 15. *§. liberti* 8. *eod. tit. l. ne Senatorum* 13. *C. eod. l. libertus* 17. *§.* 1. *D. ad municip.* Minimè quia nec libertus aut libertinus dici amplius potest qui transiit in ordinem ingenuorum *d. l. cùm ex oratione §. vlt.* Si tamen libertus hic qui annulorum ius impetrauit datus sit tutor liberis patroni sui non habebit excusationē quasi ingenuus sed pro libertino hac parte habebitur *l. libertum* 14. *§. sed etsi eod.* Ne scilicet excusatione vtatur cōtra eum qui dedit ei vt excusare se posset *arg. l.* 4. *C. de obseq. patron. præst. l. filio* 7. *D. vt legat. seu fideicom. seruand. caus. caueat.* Sic apud Senecam *lib.* 3. *De benef.* Quicquid est quod dat patri filius, vtique minus est quia hanc ipsam dandi facultatem patri debet. Et hæc vera ratio est non quam adfert Cuiac. ad *l.* 1. *huius tit.* Vt datio teneat, ita enim sequeretur libertum qui impetrato iure annulorum datus esset tutor pupillo libertino non posse se excusare, quod etsi ita esse defendit idem Cuiacius, contra Accursium, pugnat tamen ex diametro cum *d. l. cùm ex oratione* 44. *in princip.*

l. spadonem 15. §. libert. eod. tit. l. ne Senatorum 13. C. eod. l. libertus 17 §. 1. D. ad municip. d. l. cùm ex orationes §. vl. l. libertum 14. §. sed etsi eod.

ILLATIO VI.

De *excusatione ob pœnam.*

SExtò ex eodem Principio nostro fit, vt possit & debeat tutor interdum ob pœnam quoque excusari puta si in perpetuum exilium datus sit *l. planè* 29. *D. hoc tit.* Nam cùm tutela sit munus publicum & ciuile, Publicè autem intersit præcipuè vt & delicta vindicentur & culpam, vt ille dicebat pœna premat comes *l. ita vulneratus* 51. *§. vlt. D. ad leg. Aquil. l. si à reo* 70. *§. vlt. D. de fideiuss.* Itémque vt rerùm iudicatarum executio sequatur tùm quoque cùm malè ac perperam iudicatum est *l. seruo* 65. *§. cùm prætor D. ad SC. Trebell.* consequens est vt si quis pro crimine ad pœnam aliquam condemnatus sit, non debeat illi prodesse ad eam euitandam quòd tutor datus sit, Præsertim cùm in locum excusati tutoris, alij plerique idonei dari possint, Pœnas verò publico exemplo dare non alij quàm qui deliquerunt *l. sancimus* 22. *C. de pœn.* Est igitur hæc quidem excusatio, sed non tam immunitas dicenda, quàm non impunitas; ne scilicet impunè ferat qui delictum admisit quamuis tutor fiat, Nec in honorem tribuitur vt neque illa de qua in *l.* 5. *§. conductores D. de iur. immunit.* sed in pœnam & ob pœnam. Proinde si pœna possit cum tutela subsistere, neque

l. planè 29. iunct. §. vlt. l. praeced. eo.

pœna tribuet immunitatem, neque tutela impunitatem, vt puta si qui ad tempus exulare sit iussus. Non enim excusari hunc oportebit sed per tempus exilij alium in locum ipsius curatorem dari *l. tutor petitus 28. §. vlt. D. hoc tit.*

De temporibus excusationum.

HActenus de causis excusationum diximus, superest iam vt de excusationum temporibus dicamus.

ILLATIO VII.

De necessitate proponendæ excusationis intra legitimum tempus.

SEptimò igitur ex eodem Principio nostro fit, vt illi etiam qui iustam habēt à tutela vel cura excusationem ob aliquam ex iis causis de quibus hucusque egimus, non aliter tamen audiendi sint quàm si intra constituta tempora iudicem adeant vt se excusent. Nam cùm tutela sit munus publicum & ciuile, ad quod obeundum proinde tenentur omnes nisi qui habent excusationem, non est cuiquam credendum prætendenti excusationem sine iudice, Ne alioquin si passim & sine vllius temporis præfinitione prout cuique libuerit permissum sit se excusare non reperiantur qui tutelas aliáque munera publica necessaria in rebus publicis obeant *l. 1. D. de vacat. & excusat. muner.* qui locus etsi non specialiter est de tutelis sed generaliter de publicis omnibus muneribus, aptissimè tamen conuenit tutelis & curis, vel hoc ipso quod munerum publicorum appellatione continentur. Et hoc est quod Modestinus ait in *l. scire oportet 13. §. 1. D. hoc tit.* Multa obseruari oportere vt concedatur tutores vel curatores causas remissionis tribuere. Oportere enim eos constituto legibus tempore ad iudicem accedere. Est autem hoc tempus regulariter quinquaginta dierum *l. quinquaginta dies 6. Cod. eod.* Sed tamen alia atque alia tempora pro locorum varietate sunt constituta: quæ omnia supradicto loco prosequitur Modestinus. Primùm autem ait eum, qui in ipsa ciuitate est vbi creatur, vel intra centesimum lapidem à ciuitate, debere intra quinquaginta dies excusari, Postea verò non admitti, sed teneri ad sollicitudinem. Nocet enim illi quandocumque postea se excusare volenti præscriptio temporis. Vt sit in eadem causa in qua esset si apparuisset proprio periculo ipsum negligere, id est si agnitâ tutelâ cessasset nihilominus in administratione, quod non nisi proprio suo periculo facere posset *l. pro officio 20. C. de admin. tutor. l. tutor vel curator 20. D. eod.* Nec proinde vlla ei via relicta erit ad excusationem. Qui autem supra centum miliaria à ciuitate abest, viginti miliaria habebit numerata in vnamquamque diem à quo tempore cognouerit se datum tutorem siue à testatore siue à præsidibus, & extra hoc tempus alios triginta dies habebit ad excusationem. Oportet autem manifestari tutori à præsidibus quod tutor datus, idque vel in faciem vel ad domum, Et quidem intra diem trigesimum vt Diuus Marcus rescripsit, scilicet si peregrè agant qui tutores vel curatores dati sunt *l. vltim. D. de tutor. & curat. dat.* Hoc autem non ad eos tantùm tutores & curatores pertinet qui dati sunt à magistratu, sed etiam ad testamentarios siue tutores, siue curatores, Non quia testamento curatores dari possint, sed quia inutiliter quoque datos confirmari à magistratibus consuetum est *l. 1. & tot. titul. D. de confirm. tutor.* Et hic Modestini

l. 1. D. de vacat. & excus. muner.

l. scire oportet 13. §. 1. D. hoc tit.

l. quinquaginta dies 6. C. eod.

l. tutor vel curator 20. D. de adm. tutor.

l. vlt. D. de tutor. & curat. dat.

d. l. scire oportet 13. §. 1.

ni sensus est in *versicul. hoc autem conuenit*, non quem illi putant qui ex eo inferunt etiam testamentarios tutores ritè datos confirmari. Quod nos in Erroribus pragmaticorum refutauimus. Sed an & legitimis tutoribus idem conueniet? Nec enim posse videntur illi se excusare, Nisi eo casu quo etiamsi non se excusarent tamen inuitis iis alius vel curator in eorum locum dandus esset si excusationis causa esset temporalis, vt in *l. non solum* 10. §. *si libertus* D. *hoc tit.* vel tutor perpetuus, remoto in perpetuum legitimo, vt in *l. si pupillum* 20. *eod.* Nimirum ita ferente ac suadente vtilitate non ipsius tutoris legitimi, sed pupilli. Verius tamen est legitimos quoque excusari posse *d. l. si pupillum*, *l. si sororis* 9. *C. qui dar. tutor.*

l. non solùm 10. § si libertus l. si pupillum 20. eo. l. si sororis 9. C. qui dar. tut. poss. d. l. scire oportet §. 1.

De computandis diebus datis ad proponendam excusationem.

SEquitur apud Modestinum, id quod proximè dictum est ex Diui Marci constitutione, ei qui vltra centum miliaria habitat in vnamquamque diem numeranda esse viginti miliaria, & extra hos adiici oportere triginta dies alios ad excusationem, non ita simpliciter & absolutè verum esse, sed cum temperamento, iustáque interpretatione, ne alioqui absurdum sequatur. Quid enim si cuius habitatio absit centum & sexaginta miliaribus. An octo tantùm & triginta dierum spatium habebit? Octo quidem, centum sexaginta miliariorum nomine in vnamquamque diem viginti miliariis numeratis, Triginta verò ad faciendam excusationem? Atquin ita fiet, vt deterioris condicionis sit qui longius habitat, quàm si intra centum miliaria habitaret aut in ipsa ciuitate. Huic enim semper quinquaginta spatij dies sunt. Illi verò essent pauciores. Hoc verò absurdum esset, & contra propositum mentémque constitutionis quæ melioris condicionis esse voluit illum, qui longiùs habitaret. Ergo ne absurdum hoc eueniat dicendum est ita interpretandam constitutionem vt numquam alicui detur tempus minus spatio quinquaginta dierum, Tunc autem longius tempus dandum sit cùm annumeratio dierum, qui in viam computantur adiectis triginta diebus quos dat constitutio ad excusationē excedit quinquaginta dies, vt puta si ponas aliquem in eo loco habitare qui distet à ciuitate quadringentis quadraginta miliarijs: Hic enim viæ quidem habebit dies viginti duos, Ad excusationem verò alios triginta: qui numerus quinquaginta dies excedet. Nec sanè pugnat hæc interpretatio cum verbis constitutionis, sed quod verbis deest supplet commodissimè ex mente constituentis, quod fieri etiam à prudentibus potest, quomodo in proposita specie factum esse à Scæuola Paulo & Vlpiano testatur Modestinus: Alioqui manca prudentum autoritate vel seruanda esset constitutio quantumuis dura vt in *l. prospexit* 12. *D. qui & à quib. manum.* vel noua Imperatoris lege aliqua & constitutione esset corrigenda vt in *l. 1. C. de legib.* Simile quiddam est, sed audentioris interpretationis apud Papinianum in *l. 3. in princ. De vsur.* de cuius sententia scripsimus *lib. 7. Coniect. cap. 1.*

l. 3. in princ. D. de vsur.

De illo qui intra constitutum tempus vnica tantùm specie excusationis vsus est.

CVm verò hoc temporis spatium obseruare omnes debeant qui qualitercūque excusātur à tutela, vel cura, nec solū si in totū excusentur sed et si pro parte, nō quidē tutelæ quæ indiuidua est, sed administrationis quæ diuidi

l.illud 19.& l.propter litem 21 §.licet D. hoc tit.
d.l. scire oportet §. obseruabunt & seq. eod.
d.l.propterlitem §.1.

commodè potest *l.inter tutores 36.D.de administr.tutor.*vt in *l.illud 19.& l.propter litem 21.§.licèt D.hoc tit.*Consequens est vt si quis specie aliqua excusationis fuerit vsus intra constitutum tempus,non aliter audiendus sit aliam proponere volens quā si idē tēpus obseruet *d. l. scire oportet §.obseruabunt & seq.* Hoc enim est quod Vlpianus scribit in *d.l.propter litem*, §. 1. Eum qui se vult excusare si plures habeat excusationes & de quibusdam non probauerit, aliis quidem vti non prohiberi sed intra tempora,Ne quis fortè putet singulis excusationibus singula temporis spatia data esse. Addenda tamen est exceptio quam addit Modestinus,*nisi fortè alterius alicuius ciuitatis est ciuis.*Nam qui neque ciuis neque incola est,cùm non sit suppositus iurisdictioni magistratus apud quem proponenda esset excusatio,sicut non habet necessitatem se excusandi cùm ipso iure non teneatur *l.1.§.vlt.*D.*de tutor.& curat.dat.*ita neque cōstituta excusationum tempora obseruare cogitur, vt idem Modestinus explicat pluribus in *d.l.scire oportet §.vlt.*

l.1.§.vlt.de tutor. & curat.dat.
d. l. scire oportet §.vl.

De illo qui per imperitiam magistratus fuit absolutus ob excusationem propositam post legitimum tempus.

ADeò autem necesse est custodiri constitutum tempus vt etsi dimissus atque absolutus fuerit per magistratus inscitiam ille qui post tempus se excusauit non ideò liberetur,nec eo minùs tutor maneat,qui semel ita tutor fuit vt desierit posse & debere excusari *d.l.scire oportet §.ita verò.* Quamuis è contrario si is qui iustam habuit excusationem eámque intra tempora allegauit, per iniuriam iudicis retentus sit in tutela cogendus est iniunctum munus implere si acquieuerit iudicato *l.3.C.eod.*Nempe quia tutor cui à iudice facta est iniuria,potest prouocare si velit,debétque sibi imputare si non prouocauerit, At iniuria quæ fit pupillo per admissam à iudice post tempora excusationem,quam admittere nullomodo debuit,non ita facilè corrigi,neque pupillo ipso appellante neque alio volente pro eo appellare, Et ideò intactam & illibatam ipso iure pupilli causam à lege seruari æquum fuit,si quid aduersus eius vtilitatem factum esset à magistratu contra leges in admittenda post tempora excusatione.*arg.l.vlt.C.in quib.caus.restit.in integr. non est necess.* Proinde si quis alius ab eodem magistratu creatus tutor sit in locum huius malè excusati,rescriptum meritò est ab Imperatoribus non debere hunc in tutela detineri quamuis nec à creatione sua appellauerit, quasi qui nec volens tutor esse possit eius pupilli qui iam alium tutorem habeat *d.§.ita verò*, Scilicet propter repugnantiam quæ est ex parte rei vt loquuntur philosophi, quæ repugnantia impedit ne res iudicata pro veritate haberi possit, cùm nequeat res iudicata facere possibile id quod est impossibile,Quale esse censetur quicquid est contra leges *l.filius 15.D.de condic.instit.*iunct.*l.si sororis 9.C.qui tutor. dar. poss.l.cùm iure 9.*C.*qui pet.tutor.l.licèt 4.*C.*in quib.casib.tutor.habent.*

d. l. scire oportet §. ita verò.
l.3.C.eod.
l.si filius 15. D. de cōdic. inst.iunct. l. si sororis. 9. C. qui tutor dar. poss. l. cū iure 9.C. qui pet. tut. l.4.C.in quib. casib. tut.hab.

De necessitate quam tutor habet allegandi specialiter causam excusationis & remissionis.

POrrò non sufficit,vt quis accedat ad iudicem ad se excusandum sed oportet vt se excuset,causámque excusationis & remissionis specialiter alleget, ita vt si multa iura habeat,id est varias excusationis causas,omnia iura omnésque causas nominare debeat: Alioqui similis fiet ei qui nequaquam accesserit ad

ad iudicem, vel qui accesserit quidem, sed iustam remissionis & excusationis causam nullam attulerit §. *scire autem oportet d. l. scire*. Quid enim refert an quid nullomodo fiat, an verò malè fiat & perfunctoriè ac dicis vel puritatis causa, quomodo loquitur Vlp. in *l.2.§.1.D. qui pet. tutor. l.4. D. commod. l. quoties 6. D. qui satisd. cogant. l.2. D. de autor. tutor.* Sufficit sanè vt intra constitutum tempus tutor se excusauerit solùm: Nec requiritur vt intra illud tempus admissa sit excusatio, ita vt si tutor nolens postea desierit, id est si inuitus destiterit à persequenda excusatione, ad alia fortasse negotia vocatus, non quòd ab excusatione vellet discedere, non ei nocebit quandocumque postea eandem excusationem repetenti etiam post tempora, nec præscriptione temporis repelletur §. *sufficit autem ead. leg.* Planè si volens & vltrò desierit prosequi excusationem, ei nocebit quasi qui in ea perseuerare noluerit, fortè quod improbam & illegitimam illam esse sciret aut suspicaretur *arg. l. destitisse 10. D. de iudic. l. mora 32. D. de vsur.* Multò magis ei nocebit si se tantùm repræsentauerit intra constitutum tempus apud iudicem, nec tamen permanserit postea vt se excusaret, Perinde enim post constitutum tempus repelletur præscriptione acsi nũquam se repræsentauiet. *dict. §. sufficit in fin.* quia scilicet minùs hic fecit quàm si se excusasset in genere, nulla allata in specie causa excusationis: Quo tamen casu iam diximus nihil ei profuturum *d. §. scire*.

d. l. scire §. scire autem oportet.

l.2. §. 1. D. qui pet. tut.

§ sufficit autem ead. leg.

De illo qui ob aliquam iustam causam non potuit intra constitutum tempus se excusare.

QVid ergo si quis propter ægritudinem vel aliam necessitatem puta maris vel hyemis, vel incursus latronum, aut quam aliam similem, non potuerit intra constitutum tempus venire? Ignoscendum ei est quia nemo casum fortuitum præstare cogitur, nec vim illam maiorem cui resisti non potest *l.2. §. si quis iudicio & seq. §. vis fluminis D. si quis caution. l. contractus 23. De regul. iur.* Ac quamquam non alia huius rei probatio quærẽda est quàm quæ ex ipsa naturali iustitia proficiscitur, quia scilicet naturalem intellectum habet vt loquitur Papinianus in *l. cui pacto 5. D. de seru. export.* addit tamen Modestinus extare constitutionem Imperatorum Veri & Antonini quæ hoc ipsum dicit.

De qualitate temporis intra quod proponenda est excusatio, An continuum sit an vtile.

AN verò continui erunt isti quinquaginta dies, an vtiles? Et ait Modestinus in *§. quinquaginta ead. leg.* continuos esse non vtiles: numerandos tamen ex die tantùm cognitionis, id est quo quis cognouit se tutorem datum esse siue manifestatum ei sit à præsidibus vel in faciem vel ad domum, vt suprà diximus, siue aliunde id cognouerit, Nec enim refert vnde dummodò sciuerit. Erit ergo hoc tempus ex postfacto quidem continuum sed ab initio tamen vtile, cùm non incipiat currere nisi à die scientiæ: vt & de quadriennio illo dici solet quod Iustinianus induxit & substituit in locum anni vtilis qui dabatur olim ad petendam restitutionem de quo in *l. vlt. C. de tempor. in integr. restit.* Nec enim sanè æquum esset currere tempus ignoranti cui nihil potest imputari *l. cùm sex 55. D. de ædilit. edict.*

§ quinquaginta eiusd. leg. scire oportet.

l. cùm sex 55. de ædil. edi.

De forma proponendæ excusationis.

AT quænam forma erit & proponendæ & admittendæ excusationis? Proponenda est ante tribunal vel aliter in submemorationibus, quod Gallicè sic efferri meo iudicio potest, *en audience ou au parquet*, Nec potest quis se excusare per libellos *l. excusare* 25. D. *hoc tit.* quia cùm omnis excusatio causæ cognitionem decretúmque magistratus desideret *l.* 1. D. *de vacat. & excus. muner.* Constat nihil eorum quæ causæ cognitionem desiderant per libellum expediri posse, vt nec quoties decretum est necessarium *l. nec quicquam* 9. §. 1. D. *de offic. procons. l.* 1. §. *abolitio D. ad SC. Turpill. l. omnia quæcumque* 71. *l. vbicumque* 105. *de regu. iur.* Potest tamen libellos dare ad contestandam excusationem summouendæ præscriptionis gratia quamuis non nisi pro tribunali disceptetur, excutiatur, & recipiatur excusatio. Sic enim accipiendum est quod Modestinus scribit in *dict. l. scire §. oportet*, ne pugnet ille cum Vlpiano in *dict. l. excusare.* Ego tamen addo, Etiam ad fines contestationis & summouendæ præscriptionis, requiri vt tutor libellos offerens accedat ipse ad iudicem, & se repræsentet, vt ipse det libellum nec sufficere vt id faciat per procuratorem *dict. §. ita verò & dict. §. scire.* Est enim excusatio tutelæ sicut & ipsa datio actus legitimus qui non potest fieri per procuratorem non magis quàm in diem aut sub condicione *l. nemo alieno* 123. iunct. *l. actus legitimi* 77. *de regul. iur.* licèt Cuiac. contra Accursium aliter putet ad *l.* 13. *D. hoc tit.* Alioqui non esset quærendum an valetudine, aut vi tempestatis, aut qua alia de causa impeditus quis esset ne veniret ad iudicem se excusatum intra constituta tempora, cùm posset ei semper imputari cur saltem non misisset procuratorem: quemadmodum imputamus ei qui exulare cogitur, cur non reliquerit in prouincia procuratorem ad expedienda ea quæ procurator expedire potuisset *l. Papinianus* 20. D. *de minor.* Decretum verò iudicis tale esse debet vt purè vel admittatur vel reiiciatur excusatio. Alioqui vicium pronunciationis est si condicio inseratur, adeò vt ita excusatus tutor non magis possit haberi pro excusato quàm si decretum nullum interuenisset, vt in specie *l. qui testamento* 37. D. *hoc titul.* Neque enim sententia sub condicione ferri potest aut debet *l.* 1. §. *biduum D. quand. appell. sit & intr. qua tempor.* Quamquam in eo casu quē tractat Scæuola in *dict. l. qui testamento*, non illā iustam excusationem habebat tutor quæ expressa fuerat per sententiam iis verbis conceptam *si legitimum tutorem habenti tutor datus es, non est tibi necessaria excusatio*, cùm apparuisset nullum patruum ei impuberi tutorem esse, sed illam potiùs quòd tres liberos habebat, qui numerus sufficit in vrbe, vt suprà diximus. De vrbe enim loquitur Scæuola, cùm loquatur de prætore non de præside qui solus in prouincia partes prætoris gerebat *dict. l. Papinianus.* Et hoc est quod ait, *quamuis iustas excusationis causas haberet.* Vitium ergo pronunciationis propter quod negat Scæuola tutorem hunc excusatum esse, non tam illud est, quòd decretum sub condicione sit conceptum vt vulgò creditur, quàm quia falsam causam habuit. Nam etsi prætor ita pronunciasset *quoniam legitimum tutorem habenti tutor datus es, non est tibi necessaria excusatio*, nemo diceret insertam decreto condicionem quæ pronunciationem viciosam faceret, & tamen non eo minùs viciosa esset quia expressam haberet falsam causam ac proin-

l. excusare 25. D. hoc tit.
l. 1. de vacat. & excus. mun.
d. l. scire §. oportet.
d. §. ita verò & §. scire.
l. actus 77. l. nemo 123. de reg. iur.
l. qui testamento 37. D. hoc tit.
l. 1. §. biduū D. quand. appell. sit & intr. qua temp.

proinde nullam. Sed & substantia ipsa pronunciationis viciosa est quæ postremis illis verbis continetur *non est tibi necessaria excusatio*, Ei namque qui tres liberos Romæ habet excusatio certè necessaria est, quamuis non sit necessaria ei qui tutor datus est pupillo iam tutorem habenti, vt diximus in præcedentibus ex *l. cùm iure 9. C. qui pet. tutor. l. si sororis 9. Cod. qui dar. tutor. poss. l. penult. Cod. in quib. casib. tutor. habent.* Debuerat ergo Prætor ita pronunciare *Excusatus es*, quomodo si pronunciasset, vtique fuisset tutor excusatus, quia licèt falsa esset illa causa excusationis, quasi legitimum tutorem habenti viciosè datus esset, Tamen ea sublata supererat prior excusatio quæ vera erat, quòd liberos tres haberet, sufficit autem vel vnam adesse iustam excusationis causam *d. l. scire oportet §. consequens l. propter litem 21. §. 1. D. eod. l. appellanti 13. §. 1. D. de appellat.* Et ob id nimirum addit Scæuola, si tutor hic acquieuerit sententiæ, non esse dandam in eum tutelæ actionem vtilem ob id quod tutelam non gesserit si modo non tam per malitiam & dolo malo cessauerit ab administratione quàm errore ductus quia se pro iure trium liberorum quod allegabat, crederet excusatum: Non quasi solum decretum quamuis viciosum possit inducere bonam fidem si aliud nihil esset, at quia re vera bonam habebat excusationem ob priuilegium trium liberorum, nec æquum est vsque adeò nocere illi culpam prætoris, à quo potuerat & debuerat excusari si benè ille sciuisset pronunciare: Quamquam nec ei prodesset sola illa ratio & allegatio iustæ excusationis si non etiam decretum pro eo aliquod saltem viciosum secutum esset. At si è contrario cùm se tres liberos habere, & impuberi patruum tutorem legitimum esse dixisset, apparuisset patruum quidem esse tutorem legitimum sed non nisi duos ei adesse liberos, & prætor ita pronunciasset *si tres liberos habes, excusatus es*, idémne dicendum esset, vt ob vicium pronunciationis (nam æquè viciosa est illa pronunciatio) non deberet ille haberi pro excusato? Imò verò esset plus quàm excusatus cùm non esset ei necessaria excusatio, tanquam qui ipso iure prohiberetur ne tutorem habenti tutor dari posset: ideóque nec verendum esset, ne ob non gestam tutelam vtili tutelæ actione teneretur. *dict. l. si sororis.* Certè non minùs iuris haberet quàm habet in eo casu qui tractatur à Scæuola, quia sicut malitię numquam indulgendum, ita errori semper succurrendum est *l. quamuis 32. in fin. D. de condic. & demonstr. l. vlt. D. de rit. nupt.*

d. l. scire oportet §. consequens l. propter litem 21. §. 1. D. hoc tit. l. appellanti 13. §. 1. D. de appell.

d. l. si sororis 9. C. qui dar. tutor. poss.

l. quamuis 32. in fin. de condic. & de monstr. l. vl. D. de rit. nupt.

De tempore dato ad peragendum negotium propositæ excusationis.

QVinquaginta porrò dierum spatium quod tutoribus omnibus & curatoribus datum esse diximus ad se excusandum ad contestandas tantùm excusationum causas pertinet, non autem ad negotium ipsum excusationis peragendum. Nam peragendo negotio continui quatuor menses constituti sunt ex die nominationis numerandi *l. quinquaginta 38. D. hoc titul.* Si tamen cùm ipse institueret, instaretque vt proferret excusationem mora contradictoris impeditus est, quominùs decreto liberaretur, poterit & debebit etiam post elapsum quadrimestre admitti excusatio *leg. si cùm ipse 39. eod.* Nec enim aduersarij contradictio nocere illi debet per quem non stetit, quique nec in culpa nec in mora esse

l. quinquaginta 38 D. hoc tit.

l. si cùm ipse 39 eod.

dici potest *l.sciendum* 21.D.*de vsur.* At quomodo fieri potest vt quatuor illi menses incipiant currere ex die nominationis,si quinquaginta dies intra quos proponenda est excusatio & quos ideò præcedere necesse est,non à die nominationis currunt,sed à die cognitionis,vt suprà diximus? Puto ita esse hoc accipiendum vt quatuor illi menses continui numerentur ex die nominationis, Eo nimirum casu,quo idem sit dies nominationis & cognitionis, Ad excludendum scilicet tempus illud duntaxat quo allegata excusatio sit: Quasi dicat Paulus,non incipere quatuor illos menses datos finiendo excusationis negotio currere à die allegatæ excusationis,quod tamen ita esse videbatur,sed à die nominationis,cognitæ scilicet non factæ,Ne alioqui facilè possit contingere vt priùs finitum quàm cœptum esset tempus excusationis, quod certè perabsurdum esset *l.si in diem* 45.*l.Titio vsusfructus* 96.*de condic.& demonstr.* Nam & eadem ratio facit vt si quis testamento tutor datus sit ex die vel sub condicione non priùs quinquaginta illi dies cedere incipiant quàm tutelæ dies vel condicio venerit,adeóque nec priùs quàm sit adita hereditas,vt Tryphoninus scribit in *l.penult.§.1.D.hoc tit.* de cuius interpretatione iam diximus in superioribus.Quod haud dubiè procedit etiamsi tutor testamento datus sciuerit se datum vt termini habiles supponantur.

l.pen.§.1.D. hoc tit.

OCtauò ex eodem supradicto Principio nostro fit, vt qui iustam habent excusationem non possint cogi ad tutelam suscipiendam, quia sicuti tutela est iuris publici,Ita & excusatio tutelæ, cùm non alius excusare se possit quàm cui ius ciuile tribuit excusationem,vnde est quod iure publico vti dicitur,qui se excusat,vt Papinianus loquitur in *l.iurisperitus* 30.*§.vlt.D.hoc tit.*

l. iurisperitus 30.§.vl. D.hoc tit.

De illo,cui fideicommissaria libertas præstita & soluta fuit à defuncto cuius liberis tutor quæritur.

IN hôc numero ille est cui fideicommissaria libertas præstita & soluta fuit à defuncto cuius liberis tutor quæritur.Nam etsi ius ita est vt nullum excusationis priuilegium habere possit libertus,quominùs liberorum patroni sui tutelam suscipere cogatur, si modò liberi illi patronatus iura sperare quandoque possint *l. libertus* 14. *D. de tutor. & curat. dat.* siue patris pupilli libertum proponas,siue matris *l.libertum* 14.D.*hoc tit.*& siue primi gradus liberi sint siue vlterioris,*§.1.ead.leg.* Adeóque licet ius aureorum annulorum impetrauerit,atque ita in cæteris omnibus pro ingenuo habeatur *l. cùm ex oratione* 44. *eod.*quia quod ad hoc vt non possit se excusare(nisi aduersæ valetudinis causa *l.pen.§.vlt.D.hoc tit.*aut minoris ætatis *l.non solùm* 10.*§.si libertus eod.*)ordinem retinet libertorum quasi non mutata condicione *d.l.libertum §.sed etsi.*Hic tamen de quo agimus qui fideicommissariam à defuncto accepit libertatem, vix pro liberto habendus est,vt neque is qui eum ex causa fideicommissi manumisit,pro patrono,nisi hactenus quòd eum iniussu prætoris & sine venia in ius vocare manumissus non debet *l.is quoque* 9. *D. de in ius vocand.* Nempe quia non tam donasse quàm soluisse libertatem intelligitur quam ex fideicõmisso præstare omnimodo debuit *l.nequaquam* 24.*D.hoc tit.* Non enim potest videri magnum beneficium à defuncto consecutus,imò nihil penitus cõmodi ab eo sensisse,sed magis debitam sibi accepisse libertatem. *l. si seruo* 84. D.*de hered.instit.* Vnde est quod in toto fere iure manumissor eiusmodi nihil iuris

iuris vt patronus aduersus liberti personam consequitur, Excepto eo quod diximus, Ne in ius vocari possit sine venia *d.l.nequaquam*, vbi tamen Papinianus cautè addit *ferè*, quia hoc etiam iuris habet amplius is qui etiam ex causa fideicommissi manumisit quod tam contra tabulas quàm ab intestato venire potest ad bona liberti quasi patronus *l.qui ex causa* 29. D. *de bon.libert.* Multò magis dicendum est eum qui propria pecunia emptus & manumissus fuit, nequaquam inter libertos cõnumerãdum esse, cùm nihil acceperit à patrono, qui nec pauperior vllomodo factus videri possit *d.l.libertum* 14. *§. qui propria* D. *hoc tit.* iunct. *l.*1. C. *de bon.libert.l.*5. *§. si quis à liberti* D. *de liber. agnosc.l. sed si hac* D. *de in ius vocand.* Si tamen plures liberti fuerint, non omnes dandi tutores erunt liberis patroni, sed vnum omnibus liberis dari sufficiet, qui etiamsi tres tutelas iam habeat, non ideò tamen absoluetur nec excusabitur, qui à patrono tantùm beneficium acceperit, quod si non accepisset, nec ipsam voluntatem habere nunc posset proponendæ excusationis, multò minùs facultatem *arg.l.filio* 7. D. *vt legat.seu fideic.seruand.caus.caueat. l. si manumissori* 4. C. *de obseq.patro.præst.* Et hoc est quod ait Modestinus in *d. l.libertum* 14. *§.vlt.* vbi manifestum est in illis verbis *omnibus libertis* erratum esse legendúmque *liberis*, Nec enim ibi agitur de tutore dando libertis, sed de dando tutore patroni liberis, vno ex pluribus libertis. Neq; verò priuilegium vllum est patroni in libertos ad auferendam iis excusationem nisi cùm agitur de tutela liberorum patroni. Nam si patronus impuberi liberto quosdam ex libertis ipsis, siue tutores, siue curatores testamento dederit, non eo minùs poterunt illi se excusare si quam habeant iure publico excusationem, Ne scilicet decreto confirmentur, quamuis constet eos esse alioquin idoneos *l.iurisperitos* 30. *§.vlt.* D. *hoc tit.* Nec immeritò, Cùm vt diximus, nec liberorum aliorum gratia priuilegium hoc patronus habeat, præterquàm eorum qui patronatus iura sperare aliquando possunt *d.l.libertus* 14. *De tutor. & curat. dat.* quæ tamen sperare libertus numquam potest qui neque ex liberis est.

l. libertum 14. §. qui propria D. *hoc tit.*

d.l. libertũ §.vlt.

l. iurisperitos 30. *§.vl. eod.*

l. libertus 14. D. *de tutor. & cur. dat.*

De fratre habente iustam excusationem.

IN eodem numero illorum qui non prohibentur se excusare si modò iustã habeant excusationem frater quoque computatur. Etsi enim contra naturales stimulos facere videtur si aliqua excusatione sibi vtendũ arbitretur, cùm sit ferè alter, quomodo de patre scribit Paulus in *l.amicißimos* 36. *§.vlt.* D. *hoc tit.* non tamen vsque adeo premendus est, vt si priuilegio aliquo subnixus sit, fratris curatorem suscipere cogatur *d.l.iurisperitos* 30. *§.qui priuilegio eo.* Saluũ enim ius publicum omnibus esse oportet, nisi siqui sint quos ab eo beneficio arceat maior aliqua ratio quæ sit ipsa etiam iuris publici, Qualis illa est ob quam diximus factum esse ne libertus vocatus ad tutelam liberorum patroni excusationem vllam adferre possit.

d.l. amicißimos §. vlt. hoc tit.

d.l.iurisperitos §. quĩ priuilegio eod.

ILLATIO IX.

De non admittenda excusatione nisi quæ sit ex iure.

NOnò ex eodem Principio fit, vt non facilè admittenda sit excusatio licèt colorem aliquem habere videatur, sed ea tantùm quæ ex legibus, vel

constitutionibus, vel edictis Principum pro iusta habeatur, Nimirum quia offendit ea res vtilitatem pupillorum quorum sanè interest tantò plures esse qui tutores iis dari possint, quātò facilius est, siue patri, siue magistratui ex pluribus eum eligere qui sit non modò idoneus, sed etiam idoneior cæteris *l. si cùm optio 14. D. de opt. leg.*

l. si cùm adoptio 14. D. de opt. lega.

De spadone creato tutore & volente se excusare.

INde est quod dicimus, Etiam spadonem posse creari tutorem, cùm nullam excusationem habeat *l. spadonem 15. D. hoc ti.* Quidni verò cùm possit etiam adoptare, quamuis filium generare non possit *l. 2. §. 1. l. adrogato 40. §. vlt.* D. *de adopt.* Eadem tamen dubitandi ratio erat ad vtrumque locum, Quòd spado qui verus pater esse non posset propter vitium, & impedimentum corporis, nec patris vicem gerere posse videatur, quomodo gerit quisquis tutor est. Sed nihil habet commune facultas generandi cum facultate administrandi res pupillares. Multóque difficilius est, vt quis ob impedimentum generandi admittatur ad excusationem, quàm vt adoptare prohibeatur, Cùm adoptio ad hoc ipsum fiat, vt quis liberos sibi quærat, patérque fiat *l. 1. eod. tit.* Vnde est quod castrati adoptare non possunt vt diximus ad *tit. De adopt. ex §. sed & illud eod. tit.* tanquam qui non temporali aliquo vicio vt spadones, sed naturali perpetuóque habitu corporis omnino impediantur ne generare vnquam possint, Et tamen non est dubitādum meo iudicio quin ad tutelam suscipiendam perinde ac spadones cogi queant, Licèt Modestinus in *d. l. spadonem* de spadonibus tantùm loquatur, quorum scilicet nomen generale est, vt etiam castratos comprehendat *l. spadonum 128. De verb. signific.* Quod & Cuiacius noster sentit ex *l. 3. §. idem ad leg. Cornel. de sicar.*

l. spadonem 15. D hoc ti. l. 1. §. 1. l. adrogato 40. §. vlt. D. de adopt.

l. spadonum 128. de ver. signific. l. 3. §. idem ad leg. Cornel. de sicar.

De eo qui patri promisit se fore tutorem.

SEd nec is qui patri promisit se fore tutorem liberorum, excusare se ab ea tutela potest, licet alioqui iustam habeat excusationem, nec si non vnam tantùm, sed etiam plures *d. l. spadonem §. 1.* quia licèt amicitia & officiis prouocandi sint ad suscipiēdum officium tutelæ ij quos testator eligere vult, non pactionibus adstringendi *d. l. amicissimos 36. D. hoc tit.* iunct. *l. si quando 35. §. 1. C. de inoffic. testam.* ne alioqui ius publicum ex quo manare excusationes suprà diximus per priuatorum conuentiones infringi videatur contra *l. quod bonis 15. §. 1. D. ad leg. falcid. l. ius publicum 38. D. de pact. l. vlt. D. de suis & legit.* Nō est tamen huic tutori permittendum, vt patri iam defuncto cui fidem dederat suscipiendæ tutelæ illudat impunè, cùm si non promisisset se tutorem fore, vtique pater vt verisimile est alium tutorem, nec minùs idoneum liberis suis dedisset rebus integris quæ per mortem ipsius integræ esse desierunt. Numquam enim permittendum est, vt quis in damnum alterius mutet consilium re amplius non integra *l. nemo potest 75. de reg. iur.* Sed & tacita promissio sufficit *l. ex sententia 29. D. de testam. tutel.*

d. l. spadonē §. 1. d. l. amicissimos.

l. nemo potest 75 de reg. iur. l. ex sentētia 29. D. de testa. tutel.

De excusatione ob dignitatem.

NEc dignitas rursum vlla tribuit excusationem *d. l. spadonem §. scire oportet*, Scilicet nisi habeat coniunctum onus administrationis *l. non tantum 17. §. vlt.*

d. l. spadonē §. scire. l. nō

§.vl.l.administrantes 41.*in pr.* & §.1.D.*hoc ti.* Nēpe quia dignitas quā quis in re publica&à rupublica nanciscitur, tantò magis eū obligat, non tantò minùs, vt rei publicæ seruiat, non detrectando munus quod licèt reipublicæ non sit, publicum tamen est, vt diximus in huius Principij interpretatione, Ergo etiamsi quis Senator fuerit, hic tutor erit & eorum qui inferioris sunt ordinis, vt Modestinus scribit in *d.§.scire oportet.* Multò minùs poterunt excusari qui inferioris sunt ordinis & dignitatis, quominùs tutelam vel curam maiorum suscipere compellantur vt subiungit Modestinus in *versi.similiter.* Si quis tamen cùm tutor, vel curator esset eius qui non Senatoris filius erat, nec alterius in dignitate constituti, postea fiat Senator, dicimus continuò absolui eū à solicitudine: *§.si quis autem ibid.* Vt proinde superueniens Senatoria dignitas faciliùs præbeat excusationem ad tutelam deponendam, quæ iam suscepta sit, quàm ab initio ad tutelam non suscipiendam, Cùm tamen è contrario regulare sit, vt tutela nondum suscepta faciliùs depellatur, quàm vt suscepta deponatur *d.l.non tantùm §.vlt.* & *d.l.administrantes §.penult.eod.ti.* Nimirum quia senatoriæ dignitatis splendor susceptæ iam tutelæ obligationem extinguere facilè potest, at suscipiendæ non potest, Excipe tamen si iam tutor erat filij Senatoris, Ex iis quæ iam suprà diximus.

tantùm 17. §.vlt. l. administrantes 41 in pr. & §. 1. D. hoc tit. d.§. scire oportet l. spadonem.

§.si quis autem.

d.l.non tantùm §. vlt. & d.l.administrantes §. pen.eod. tit.

De librariis calculatoribus, & rationariis.

RVrsus neque librarij, neque calculatores quos vulgo rationarios dicimus, habent immunitatem à tutela *d.l.spadonem §.neque librarios*, quia licèt eorum opera publicè non modò vtilis, sed etiam necessaria esse videatur, ita vt ob hanc causam extraordinariæ quoque cognitionis priuilegium meruerint, quod nequaquam datum est cæterarum artium opificibus, siue artificibus quæ sunt extra literas, vel notas positæ *l.1.§.ludi quoque literarij & seq.* D. *de extraor.cognit.* non tamen ea sunt, vel dignitate, vel autoritate præditi, vt immunitatis etiam priuilegium mereantur qui nec liberalium studiorum professores dici possunt, quamuis artem numerandi profiteantur *l.oratione* 4.*C.de profess.& medic.lib.*11.*tit.*52. Idq; adeò verum est, vt nec ratiocinatio ciuitatis in numerū vnius tutelę cedat, vt scilicet duabus tutelis iūcta prębeat excusationē, quam tres tutelæ præberent, *d.l.spadonem §.ratiocinatio.* licèt negari non possit, quin rempublicam magis tractet is qui ratiocinationem ciuitatis habet, quàm qui extra eam causam rationarius & calculator est.

d.l. spadonē § neque librarios.

l.1.§.ludique literarij & seq D. *de extraor. cognit.*

l. oratione 4 C. de profess & medic.lib.11.ti. 52.

d.l. spadonē §. ratiocinatio.

De Iudæis.

DE Iudæis addit Modestinus in *d.l.spadonem §.iam autem*, Etiam Iudæos posse tutores esse non Iudæorum (de Iudęis enim dubitari nullomodo potest) sicut inquit & reliqua munera & onera publica administrare coguntur. Constitutiones enim quæ iis fauent, non in aliis eos sine molestia esse iubent, quàm per quæ cultus, aut potiùs superstitio ipsorum inquinari videatur. Nihil autem cum cultu commune habet administratio tutelæ. Sed hoc vetus ius romanorum paganorum fuit non Christianorum. Nec enim apud nos Iudæi vlli sunt, & quibus locis tolerantur, adeò inuisi sunt & à Christianorum consortio alieni, vt nec si velint millies ad Cristiani pupilli tutelam admitti possint, Tantùm abest, vt disputari vnquam oporteat, an tutelam non Iudæi hominis suscipere cogantur.

d.l. spadonē §. iam autem.

De libertis earum quæ sunt vxores Senatorum.

SEd neque liberti earum quæ sint vxores Senatorum tametsi res earum disponant & procurent, vllam tamen à tutelis immunitatem habent, quam habent liberti Senatorum *l. cùm ex oratione* 44. §. *vlt.* D. *hoc tit.* Id enim solis masculorum Senatorũ libertis concessum est, vt Modestinus ait in *d. l. spadonem* §. *liberti.* Quamuis certum sit Senatoris masculi dignitatem quæ hoc priuilegium meruit, & ad vxorem & ad liberos Senatoris transire *l. mulieres* 13. C. *de dignit. lib.* 12. *l. filiam* 9. *D. de Senator.* Et sanè mirum videri non debet fauorabiliorem in aliquo esse illum qui dignitatem & dignitatis priuilegium ex propria persona meruit, quàm qui ex persona alterius. Masculus autẽ Senator dignitatẽ habet Senatoriã propter se, Vxor verò non nisi propter maritum. Sic nec priuilegiũ habet immunitatis libertus Senatoris quominus alias tutelas suscipere cogatur etiãsi filiorũ patroni sui tutelã administret *l. libertus* 43. D. *hoc tit.* Nẽpe quia & aliud & minus est liberorũ Senatoris quàm ipsius Senatoris rẽ & patrimonium administrare. Quãquam non tam exactæ iuris rationes quærendæ sunt in his quæ pendent ex Principum constitutionibus, & ex iure constituto non ex recepto, Nec melior alia ratio adferri potest propter quam non idem ius habeãt liberti mulierum Senatoriarum, quàm quia iis concessum non est, vt Modestinus ait in *d. §. vlt.* Est enim hoc ius ex genere, vt loquimur concessorum, cùm excusationem à tutela ii demùm habeant, non qui prohibiti nõ sunt ne se excusent, sed quibus è contrario cõcessum est, vt se excusare possint: Cui consequens est, vt quibus concessum nõ est, ii nullã habeant excusationem, nec si æquum esset aliquam eos habere: Sicut è diuerso in iis quæ sunt de genere prohibitorum si quæratur an alicui facere quid liceat, non inspiciendum est an sit ei permissum, sed sufficit vt non sit prohibitum *l. mutus* 43. §. 3. *D. de procurat.* vbi scripsi in Rationalibus.

De illo qui à ciuitatibus vectigalia conduxit, Item de illo qui à fisco aut à Cæsare.

MVltò minùs à tutela, vel cura is excusabitur, qui vectigalia conduxit à ciuitatibus *d. l. spadonem* §. *qui vectigalia.* Etsi enim publicè interest tales esse quàm plures vectigalium publicorum conductores, Nil tamen necesse est tanto hoc priuilegio inuitari eos ad huiusmodi conductiones quas etiã vltrò ambire tam multi solent proprij lucri & compendij causa potiùs quàm vt publicè prosint. Secus est in conductoribus vectigalium fisci, vt benè sentit & distinguit Cuiac. ex *l. in honoribus* 8. §. *nõ alios D. de vacat. & excus. mun.* 1. *C. de conduct. vectig. fis.* Nam nec hi compelluntur ad munera municipalia. Quod tamen non honori eorum datum est, at potiùs ob fisci vtilitatem ne extenuentur eorũ facultates quæ iam subsignatæ sint fisco. Vnde est quod etiãsi vltro se offerant municipalibus oneribus, & muneribus, prohibendi tamen sunt, nisi si paria fisco fecisse dicantur *l. semper* 5. §. *cõductores D. de iur. immuni.* Cur ergo, inquies permittitur iis vt sint tutores, si velint quãuis inuiti tutelã suscipere non cogantur? An non enim ita fit, vt periculum incurrant minuendi æquè ac eneruandi patrimonij? Nempe quia fauor tutelarum & pupillorum non potest nocere fisco qui habet anterius priuilegium taciti pignoris *l. aufertur* 46. §. *fiscus* D. *de iur. fisc.* Ex quo apparet non eadem ratione cõductorẽ vectigaliũ fisci excusari à tutelis qua excusatur à muneribus municipalibus, Nec rursus differẽtiã illã quę est inter cõductores vectigaliũ fisci & vectigaliũ ciuitatis ex eo pe-

l. cùm ex oratione 44. §. vlt. eod. §. l. spadonẽ §. liberti. l. mulieres 13. C. de dig. lib. 12. l. filiã 9. D. de Senator. l. libertus 43. D. hoc tit.

l. mutus 43. §. 1. De procurat.

d. l. spadonẽ § qui vectigalia l. in honoribus 8. §. non alios D. de vac. & excus. mun. l. 1. C. de con duct. vectig. fisc.

l. semper 5. §. conductores D. de iu. immun. l. simile priuilegium D. ad municip. l. vlt. C. de vectig.

eo petendam esse quod ciuitas non habeat tacitam hypothecam quam fiscus habet *l.2.C.de iur.reip.*vt malè putat Cuiaci[*].Faceret enim potius illa ratio,vt succurrendum esset ciuitatibus magis quàm fisco.Sed petenda est ratio diuersitatis ex fauore fisci ad cuius vtilitates pertinet vt hoc priuilegio innitētur plurimi ad conducenda fisci vectigalia & ad rem fisci diligentiùs tractandam:vnde est quod nec alij priuilegium hoc habent quàm qui præsentes per se negotium exercent *d.§.non alios.* Illud ergo magis mirum est cur non compellantur ad munera municipalia cùm fiscus beneficio taciti sui pignoris semper sit securus. Sed hoc ideò quia munera municipalia non sine sumptu aliquo expediuntur, ex quo pauperior necessariò fiat qui sumptum facit, nec in eam rem quicquam prosit remedium tacitæ hypothecæ. Quod non similiter euenit in tutela. Illud sanè constat maiorem esse fauorem fisci quàm vllius ciuitatis,nisi cui iura fiscalia ex speciali priuilegio concessa sint *l.simile priuilegium* 10. D. *ad municip. leg. vltima Cod. de vectigal. & commiss.* quamuis fieri etiam interdum possit vt ciuitas fisco præferatur[*], Eo scilicet casu quo etiam priuatus præferretur, puta si prior conuenerit de pignore *l.si pignus* 8. *D.qui potior.in pignor.hab.* Conductores prædiorum Cæsaris priuilegium habent *l.pen.§.coloni de iur.imm.*non item coloni prædiorum fisci *l. coloni.*8.C.*hoc tit.*dummodo sine damno fisci munera subire possint.*l. vlt.* §.1. D.*ad municip.*

De illo qui habet immunitatem ciuilium vel publicorum munerum.

ILlud magis mirum videri potest quod ait Modestinus *in d. l. spadonem §. qui accepit* D.*hoc tit.*Eum qui accepit vel habet immunitatem ciuilium vel publicorum munerum,à tutela tamen vel cura non excusari.Quidni enim excusandus est cùm tutela ipsa sit munus publicum? Nempe quia fauorabilior est tutela quàm aliud vllum onus publicum,propter fauorem pupillorum. Ex quo fit quod iam alio loco suprà diximus, Generaliter concessa immunitate, tutelas tamen semper exceptas intelligi, quarum quippe fauor tantus est vt speciali expressione ac nota dignæ videri possint,si quis eas in generali sermone velit comprehendere.

l. spadonē nem §. qui absolutus est.

De eo qui absolutus est à tutela vel cura quasi iustam habens excusationem.

SEd & qui à tutela vel cura aliqua absolutus est quasi habens iustam excusationem,quam tamen reuera nullam habet, non omnimodo poterit se iuuare sententia illa etiam quæ transierit in rem iudicatam, neque actis in ea lite productis,aut vt loquimur productionibus in illa instantia factis,quas depositiones vocat versio *Modestini in d.l.spadonem §.qui absolutus est*, Sed perinde acsi nihil vnquam pro eo iudicatum esset poterit cogi ad aliam tutelam vel curam suscipiendam,si non doceat se aliqua excusatione iusta munitum vt ibidem scriptum est,quia licèt dici soleat rem iudicatam haberi pro veritate quod ad omnes in iis quæ ad statum & condicionem personæ pertinent, cuiusmodi plerumque sunt causæ excusationum, *l. ex ea causa* 9. *vbi Bart.*D. *de postul.l. de ætate* 43.D.*de minor.* Iniquum tamen esset sententiam malè latam contra alium nocere alij pupillo vel minori cuius fauor admixtum habeat fa-

l.ex ea causa 9. D. de postul. l. de ætate 43.D. *de minor.*

uorem publicæ vtilitatis: Maiórque habenda ratio est iuris publici, ex quo & tutelæ deferuntur, & excusationes admittuntur, quàm rei inter priuatos aliquos iudicatæ. De magistris nauium dubitatio minor est quin non debeant excusari *l. non tantum* 17. §. *pen.* D. *hoc tit.* Etsi enim nauiculariis quoque immunitas concessa est, id tamen ad eos tantùm pertinet qui nauem ipsam exercent & qui annonæ vrbis seruiunt, non iis qui tantùm domini nauium sunt, si fortè alij eas exercendas locauerint *l. semper* 5. §. *immunitati & seqq.* D. *de iur. immunit.*

De magistris nauium.

De petito tutore illo qui nec patri, nec matri pupilli cognitus fuerit, aut qui sit absens.

AT quid si is qui tutor petitur dicat se nec patri, nec matri pupilli cognitũ fuisse? Ne quidem ex hac causa liberandus & excusandus erit, quia ignotũ quoque tutorem dari nihil prohibet *d. l. spadonem* §. *qui dixerit,* Sicut & institui heres posset *l. extraneum* 12. C. *de hered. instit.* §. *vlt. instit. eod. tit.* & accipere donationem *l. in extraneos* 29. C. *de don.* Multò magis absens tutor dari potest nisi qui sit trans mare *l. absentem* 129. *de verb. signific.*

De tribus tutelis affectatis.

QVid quod neque tres tutelæ semper excusant, sed ita demum si non fuerint affectatæ. Nam qui affectauit, vt acquireret sibi priuilegium excusationis, hoc ipso indignus est priuilegio: Non quòd tutela affectata, æquè onus non sit, sed quia nullum videtur onus sentire qui vltro illud sibi imposuit, ideóque nec fauore, aut beneficio vllo adiuuãdus est *arg. l. si fideiussor* 7. §. *si necessaria* D. *qui satisd. cogant.* Et hoc nominatim tractat Modestinus in *d. l. spadonem* §. *est autem*, vbi addit videri tutelam affectasse illum qui tutor factus sit modici patrimonij, hoc est vt bene Cuiacius explicat ad *l. 2. hoc tit.* non qui ipse mediocris patrimonij & pauper est, sed qui pauperis tutor fieri voluit, vt tam leui tutela addita non nisi dicis causa expleretur numerus trium tutelarũ. Non tam enim tres tutelæ quàm tria onera difficilima excusant, Imò vnum onus difficilimum, vt diximus in superioribus ex *l. si is qui tres* 31. §. *vlt.* D. *eod.* Sed & tutelam affectasse videtur is qui se tutorem scripsit *l. vxori* 18. §. 1. D. *de leg. Cornel. de fals.* vbi dicitur non eo magis tamen remoueri eum debere, sed tantò minùs à tutela excusari.

l. spadonem §. *est autem* *l. 1. si is qui tres* 31. §. *vl. eod. l. vxori* 18. §. 1. *ad leg. Cornel. de fal.*

De filiofamilias tutore creato pro quo nec pater, nec alius velit satisdare.

ADeò autem cogitur tutor esse quisquis nullam habet satis iustã excusationem, vt si quis existens in patris potestate creatus sit tutor iniuncto quod plerumque fit onere satisdationis, vt cautum sit pupillo, ac ne magistratus ipse in subsidium loco fideiussoris conueniatur, Pater verò nolit pro eo cauere, atque ita tutela impediatur nemine alio volente pro filiofamilias fideiubere, Potius dicendum sit creari debere patrem tutorem cum filio, quàm illud admittendum, aut ferendum, vt prætextu cautionis tutela impediatur *d. l. spadonem alias l. si quis inter* §. *vlt.* D. *hoc ti.* vbi refertur hac de re constitutio quædã Hadriani, quæ tamen ostendit non de quolibet patre qui pro filiofamilias cauere nolit, accipiendum hoc esse, sed de illo demùm qui cauere ideò nolit, vt hoc artificio filium suũ tutela eximat, quo sanè casu æquum est occurri fraudi quod vtique vix alio remedio fieri posse videtur quàm si pater & filius ad tutelã simul cõpellãtur. Cæterùm si nihil dolo malo factũ sit à patre, nemo certè æquũ putauerit, vt vel pro filio suo cauere, vel cum filio tutelam ad quã alio

qui

qui non fuit vocatus,suscipere compellatur *l.Lucius* 21.D. *de administr.tutor. l.si filiusfamilias* 7.D.*de tutel.*

De tutore cuius datio non tenet.

QVod tamen dicimus cogi tutorem esse omnem qui creatus est nisi se excuset, omnino sic accipiendum est si datio teneat. Nam si is datus sit qui iure dari non potuit, absoluetur puta si sponsus sponsæ curator datus fuerit *l.1.§.vlt.D.hoc tit.*Id est liberabitur, quamuis non se excuset, quia neque vlla excusatione indiget.Sic enim interpretor cõtra Cuiaciũ qui & fateri cogitur curatorẽ hunc etiamsi nõ se excuset,remouendũ tamẽ esse,Ne scilicet ratio reddendę tutelę cohibeatur.Qua ratione nec licet cuiquã sponsalia vel nuptias cũ ea contrahere cuius tutelã,vel curam gesserit,Idque ex eo ipso SC.de quo in *d.§.vlt.l.5.C.de inter.matr.l.libertum* 64.*D.de rit.nupt.*Et sanè nõ potest locus esse excusationi cùm datio ipso iure non tenet,creato tutore illo qui creari non potuit,vt in *l.scire* 21.*de tut.dat.l.scire* 13.§.*qui non iustè hoc titu.* quod & fatetur Cuiac. ad *d.l.1.*Dationẽ autẽ hanc ipso iure nõ tenere apparet ex eo quod lex ait sponsum spõsæ curatorẽ dari non posse.Idẽ de marito & vxore multò magis dictũ videri debet *l.2.C.qui dar. tut.l. virum* 14. *D.de cur. fur.*Et ideò locutus estModest.de sponso & sponsa, vt ex rationis maioritate, vt loquũtur etiã cõiuges iisdem verbis includeret.Nec assentior eidem Cuiacio existimanti Modestinum non tam de sponso &sponsa quàm de marito & vxore sensisse. Coniectura illa quod loquatur tantùm de curatore non etiam de tutore, qui tamen posset dari etiam sponsæ cùm impubes sponsa esse possit non vxor. Nam cùm neque tutor, neque curator esse cogatur, vel possit nisi qui annum 25.excedat §.item maior hoc tit. non erat cur Modestinus tractaret de sponsa impubere,aut de sponso tutore,ne de iis spõsalibus tractare videretur quæ contracta essent inter personas ætate nimis inæquales: Non quia non possint contrahi,sed quia id quodãmodo inconueniens est.

De pluribus excusationum causis minùs idoneis singulis non simul iungendis.

AT finge tutorem creatum habere multa iura, id est multas causas excusationis, sed quæ tamen causæ singulæ per se ac separatim sumptæ non sint satis validæ,An poterit excusari iungẽdo eas,vt quę nõ prosunt singula, multa iuuent?quomodo fert vulgare nostrorũ brocardicũ. Finge nõdum esse quem septuaginta annorũ,sed octo & sexaginta,neque tres tutelas habere, sed duas tantùm,neque liberos quinque in prouincia,sed duntaxat quatuor.Prima quidem facie videtur ex istis omnibus imperfectis iuribus posse cõflari ius vnum & auxilium perfectum plenæ iustæq; excusationis si quis ea omnia coniungat. Sed tamen verius est non ideò debere hũc excusari,neque ex multis imperfectis causis posse vnam perfici quæ iustam præbeat excusationem *d.l. spadonem §.qui iura multa hoc tit.*Ex quo vel maximè apparet quàm falsum sit,quod vulgo nostri pro vero iactitãt illo brocardico,*Et quæ nõ prosũt singula multa iuuãt.* *d.l. spadonẽ §. qui iura mu.tahoc ti.*

De eo qui iustam excusationem quam habuit,amisit.

SEd & qui iustam habet excusationem facilè potest eam amittere, Nimirũ si ea non vtatur suo tempore & intra tẽpora cõstituta,vel si ea vtendi facultatem sibi præripuerit,puta si cùm inutiliter quoque datus esset passus sit se cõfirmari decreto prætoris vel præsidis. Nam siue confirmationi expressè consenserit, siue tacitè ob non propositã intra tẽpora excusationẽ, audiẽdus postea nõ est si postea excusationẽ quãtũuis iustã adferre velit *l.Caius* 16.D.*hoc t.* *l. Caius 16. D. hoc tit.*

vbi tractans Modestinus de eo, qui testamento tutor datus, idem vsque ad vicesimumquintum annum curator constitutus fuit, ac proinde cui ius est excusandi se à cura illius cuius tutelam iam administrauerit, Idque etiam citra appellationem, Quærit à quo die computanda ei sint tempora intra quæ debuit se excusare, Vtrum ex die aperti testamenti cùm exinde sciuerit se & tutorem & curatorem simul eidem personæ datum esse, An verò ex quo ad negotia gerenda tanquã curator vocatur, id est post decimũquartũ annum impletum quo demũ tempore finitur tutela & curatio incipit. Respondet autem neutrius temporis habendam esse rationem, sed eius demum quo hic confirmatus fuerit curator decreto prætoris seu præsidis: quia ex eo demum tempore scit iniunctam sibi administrationis necessitatem, Nec potest salua decreti autoritate fieri vt non exinde pro iusto curatore haberi debeat, Nisi vel appellet à decreto, vel si malit proponat excusationem, quod vtique etiam post decretum & salua eius autoritate facere potest, nec cogitur appellare, Quandoquidem confirmatio non adimit excusationem, non magis quàm iusta tutoris datio, siue testamentaria sit, siue legitima, Cùm nihil aliud faciat confirmatio nisi vt tutor ritè datus habeatur, vel curator, qui tamen re vera datus malè fuit. Quomodo in proposita specie confirmatio curatoris necessaria est, nõ quia idẽ curator eidẽ pupillo tutor iã datus fuerat, sed quia datus erat curator testamẽto quod fieri nõ potuit: Sola enim tutela nõ cura testamẽto rectè mãdatur. Confirmata ergo curatoris datione per decretum præsidis, salua superest illa quæstio, An qui curator confirmatus fuit, excusandus sit necne. Quod tamen ita intelligendum est, Nisi ante confirmationem & ad eam impediendam curator excusationis suæ causas allegauerit, ne postea excusandum se haberet. Tunc enim si non obstante tali allegatione nihilominùs confirmatus sit, Nõ puto audiendum eũ postea, si rursum quãuis statim velit eandem proponere excusationẽ, nisi à decreto appellationẽ interponat, quia de eo quod semel iudicatum & pronunciatum est, quæri amplius non potest, nisi per appellationem, ne rerum iudicatarum autoritas labefactetur, cuius præcipua ratio semper habenda est *l. 2. C. de re iudic. l. seruo* 65. §. *cùm prætor* D. *ad* SC. *Treb.*

ILLATIO X.

De pœna illius qui etiam iustè à tutela se excusauit.

DEcimò ex eodem nostro Princ. fit, vt si quis à tutela, vel cura se excusauerit, quantũuis iustè id fecerit, pœna tamen illa dignus existimetur, vt si quid ei datum fuerat testamento illius à quo tutor, vel curator fuerat constitutus, id amittere debeat quasi non possit ad legatum admitti, qui legati onus repudiat, *arg. l* 5 §. 1. *de legat.* 2. Cùm tutela sit onus vt Principium nostrum habet. Nec enim audiendus est qui lucrum quidem amplectitur, onus autem recusat *l. vnic.* §. *pro secundo C. de caduc. tollend.* Nam cùm amicissimum, & fidelissimum quemque soleant parentes liberis tutorem eligere, & ideò eũ legati honore prosequi, quò magis ad suscipiendum onus tutelæ inuitetur *l. amicissimos* 36. D. *hoc tit.* Non est dubitandum quin testatoris legatum, vel quid aliud relinquentis voluntas ea fuerit, vt ita demum tutori, vel curatori dato deberetur si is tutelam suscipere non recusaret *l. qui tutelam* 28. D. *de testam. tutel.* vbi addit Papinianus, Non solùm ab iis legatis quæ ei relicta sint sum-

l. amicissimos 36. eod. l. qui tutelã 28. D. de testam. tutel.

summoueri debere illum, qui tutelam testamento mandatam excusationis iure suscipere noluit, sed ab iis etiam quæ liberis eius relicta sunt, si modò legata filij non adfectione propria, sed in honorem patris meruerunt, Quasi patri ipsi relictum sit, quod eius contemplatione liberis relinquitur. *l. filiofamilias 42. de condic. & demonstr. l. sed si plures 10. §. in adrogato D. de vulg. & pupill. subst.* Non idem est si quis legatum ex alicuius testamento meruerit, & postea tutor petitus à matre pupilli, cùm à patre datus ei tutor non fuisset, excusare se maluit: Nihil enim hic contra iudicium patris fecit, quia nec dici potest, patrem cùm ei legauit, ea mente legasse vt cum legato tutelam quoque susciperet quam ei non mandabat. *l. post legatum 5. §. amittere* D. *de his quæ vt indign.* Proinde non potest videri indignus legato quomodo indignus ille est quem pater & tutorem & legatarium fecit, si post repudiatum onus tutelæ consequi legatum velit, atque ita diuidere voluntatem quod numquam licet *l. eum qui 18. §. vltim. eod. tit. l. 4. & 5. de legat.* 2. Quod cùm ita sit quæri eleganter potest, Cur non ergo acquiratur fisco huiusmodi legatum eo ipso iure & modo quo acquiruntur cætera quæ tanquam ab indignis auferuntur. Constat enim remanere apud pupillum cuius vtilitates desertæ sunt, vt scriptum est in *dict. §. amittere.* Respondeo id fieri non tantùm fauore pupilli ex cuius iactura fiscum locupletari planè iniquum esset (nam & penes extraneum heredem hoc legatum maneret si filio exheredato tutor datus esset *l. tutor petitus 28. §. 1.* D. *hoc titul.* sed ex ipsa etiam iuris ratione, quia legatarius amittit hoc legatum priusquàm illud consecutus sit, Cùm si iam id consecutus esset, nullam postea excusationem adferre posset, quasi qui legatum percipiendo, adeóque petendo renunciasse excusationi videretur *dict. §. amittere.* Non alia verò possunt per fiscum auferri indigno, quàm quæ iam fuerunt indigno ipsi acquisita, Ne alioqui eueniat vt plus iuris habeat fiscus ex persona indigni, quàm indignus ipse habuerit, quod absurdum esset. Et idcirco non sic loquuntur prudentes nostri vt dicant auferri huic tutori se excusanti quod ei legatum fuerat, sed ipsum amittere legatum, Quod ita accipiendum est vt amittat non tam quasi indignus, quàm quasi defectus condicione sub qua tacitè relictum ei fuerat, si tutelam suscipere vellet. Quam si è contrario recuset, facit duo aduersus iudicium defuncti. Primum illud quod recusat implere tacitam illam legati condicionem quæ tamen in ipsius est potestate. Alterum quod etiam post defectam condicionem recusatúmque onus legati, nihilominùs petit legatum. Planè si hic ipse legatarius omne id legatum alij restituere rogatus sit, non eo minùs admittendus erit ad petitionem legati, totúmque illud consequetur non propter se sed propter fideicommissarium, cuius solius lucro id cessurum est *l. legatarius 27.* D. *hoc titul.* Illa enim condicio quam tacitè subintelligendam dicimus & quæ deficit allata excusatione, non nisi personam ipsius legatarij afficit & in eius solius odium subintelligitur, non etiam in odium fideicommissarij, ad quem testator voluit rem omnimodo peruenire, ac cui ex legatarij ingratitudine damnum inferri non oportet *l. Papinianus 8. §. meminisse D. de inoffic. testam.* vbi hanc ob causam dicitur eum qui de inofficioso testamento egit nec obtinuit, quamuis amittat quicquid eo testamento sibi relictum fuit, quasi indignus quia iudicium defuncti impu-

l. filiofamilias 42. de condic. & demonstr. l. sed si plures 10. §. in adrogato De vulg. et pup. subst. l. post legatũ 5. § amittere D. de his quæ vt indign.

l. tutor petitus 28. §. 1. D. hoc tit.

l. legatarius 27. eod.

l. Papinianus 8. §. meminisse D. de inoff. test.

gnauit, nihil tamen amittere si idipsum alteri restituere fuerat rogatus, ne fideicommissario fiat iniuria, Nec aliud est in eo qui de falso testamento egit & succubuit. Nam & hic consequi nihilominùs legatum potest propter fideicommissarium quod propter se & ad suam vtilitatem petere non posset *d. l. legatarius* iunct. *dict. l. post legatum §. 1.* Quomodo etiam dicimus, si ei qui partem tantùm capere poterat, totum legatum sit vt alii totum restitueret, posse illum capere solidum *l. cùm ei 42. De legat. 2.* Nempe quia nec cepisse quisquam id videtur, quod necesse est alii restituere *l. non videtur quisquam 51. de reg. iur.* Neque verò nouum est, vt quis propter alium possit quod propter seipsum nõn posset *l. cùm hereditate 55. D. de acquir. hered. l. si is qui duos 29. D. de liber. legat. leg. 3. in fin. D. quæ res pignor. oblig. poss.* Quamquam fuisset fortasse ciuilius ita ius constitui vt remaneret legatum penes heredem quisquis ille esset siue pupillus siue extraneus, sed cum onere fideicommissi vt in specie *l. filius 14. in fin.* D. *de leg. Cornel. de fals.* vbi etiam is qui legatum alteri restituere iussus erat nihilominùs legato abstinere iubetur, nec ideò tamen fideicommissum intercidit, remanente scilicet legato penes heredem cum suo onere.

d. l. post legatum §. 1. l. cùm ei 42. de leg. 2.

l. filius 14. in fin. D. ad leg. Cornel. de fals.

De retinendis per heredem etiam extraneum ijs quæ in remunerationem tutelæ fuerant legata tutori se excusanti.

ADeò autem verum est, Ea quæ tutoribus remunerandæ fidei causa testamento parentis relinquuntur post excusationem à legatario allatam retineri, vt non tantùm à pupillo ipso qui à patre institutus heres sit retineri possint, sed etiam ab extraneo herede si fortè ponas filium impuberem fuisse exheredatum, quomodo poterat olim exheredari etiam mala mente, & potest etiam hodie dummodo bona mente id est vt ipsius commodis & vtilitatibus meliùs prospiciatur *l. multi 19. De liber. & post. l. 3. §. cùm Pollidius D. de vsur.* Nihil enim vetat & impuberem à patre exheredatum & tutorem ei etiam à patre datum esse *l. pater 4. D. de testam. tutel.* qui etiam pupillarem substitutum filio exheredato dare potuisset *l. 1. §. substituere & pass. De vulg. & pupill. subst.* Atque ita Papinianus noster scribit in *l. tutor petitus 28. §. 1. D. hoc tit.* Mouens tamen non idem probandum esse in persona filij quem pater impuberi fratri coheredem dederit & tutorem, Non enim amittet quod ei pater dedit, etiam si à fratris tutela se excuset, quia credendus est promeruisse iudicium & liberalitatem patris non tanquam tutor sed tanquam filius, vt naturalis causa potentior sit accidentali vt in *l. 3. §. 1. D. de tutel.* Ea verò sola debet tutor amittere ob allatam excusationem quæ verisimile sit, non nisi tanquam tutori data esse ac remunerandæ fidei gratia, vt ibidem loquitur Papinianus. Et Paulus apertiùs in *l. Nesennius 32. eod. tit. Existimo* inquit, *non semper eum qui tutelæ onus recusauit repellendum à legato, sed ita demum si legatum idcirco ei adscriptum appareat quòd eidem tutelam filiorum iniunxerit, non quod alioquin daturus esset etiam sine tutela.* Pone, inquit Paulus, testamento adscriptum tutorem, codicillis verò postea factis tutorem datum. Potest dici in hoc legato, non ideò ei relictum quòd & tutorem eum esse voluerit testator. Etsi enim quæcumque in codicillis testamento confirmatis scribuntur, perinde habenda sunt acsi in testamento scripta essent, siue ante siue post testamentum codicilli facti proponantur *l. 2. §. 1. D. de iur. codicill.* diuersitas tamen & scripturæ & temporis, ostẽdit

l. tutor petitus 28. §. 1. D. hoc tit.

l. 3. § 1. de tutel.

l. Nesennius 32. hoc tit.

l. 2. §. 1. D. de iur. codicill.

dit duas illas scripturas & voluntates tutoris & legati dandi non fuisse correspectiuas, vt nostri loquuntur, id est eiusmodi vt altera alterius contemplatione facta dici possit. Sed tamē improbatur hæc sententia ab eodē ipso Paulo tāquā nimis scrupulosa nec admittenda in *l. sed hæc 33. eo. tit.* Quāquam iis verbis quæ iudicio meo Tribonianū sapiunt & redolent magis, quàm Paulum. Sic enim lex habet *Sed hæc nimium scrupulosa sunt, nec admittenda, Nisi euidenter pater expresserit velle se dare etiamsi tutelam non administrauit.* Solet enim Tribonianus vt sæpius à nobis monitum variisque exemplis comprobatum est, specialem voluntatis & expressam declarationem requirere tum quoque cùm necessaria nulla est. Neque verò Paulus in *l. praced.* tam multa dixerat scrupulosa, & non admittenda vt de iis quicquam in plurali numero subiici oporteret, sed vnum illud quod proximè retulimus positum in fine legis. Debuerat igitur in *l. seq.* sic potius scribi *sed hoc nimis scrupulosum est, nec admittendum* nisi esset etiam Triboniano familiare vt numerum pluralem vsurpet pro singulari, & cōtrà. Verùm me illud magis mouet, quòd omnino inepta est ratio quaprędedēs Pauli sententia impugnatur, iis verbis *semper enim legatum aut antecedit aut sequitur tutelam.* Quasi verò Paulus in *l. praced.* eam sententiæ suæ rationem attulerit quod legatum post tutelam datum esset. Imò illam quod datum esset alio tempore & in alia scriptura de qua nec cogitasse videri poterat testator cùm tutelam mandabat. Nam cùm in eadem scriptura vtrumque relinquitur parum sanè interest an præcedat an sequatur legatum, quod vel præcedere vel sequi omnino necesse est, & siue præcedat siue sequatur, haud dubiè credendum est relictum legatum contemplatione tutelæ. At non semper necesse est, vt duæ scripturæ diuersis temporibus fiant in quarum altera tutor filio, in altera legatum tutori detur. Inepta igitur reprehensionis ratio est, & consequenter adscribenda Triboniano non Paulo, qui nec tam facilè solet variare, in eo præsertim quod non dixerit ille, vt nec solet quicquam dicere, sine magna ratione.

l. sed hæc 33. hoc tit.

Tribonianismus apud Paulum.

De tutore inutiliter dato sed confirmato excusante se à tutela.

QVid ergo si mater filium suum pupillum, vel quiuis alius extraneus extraneum æquè pupillum scripserit heredem, & Titio legatum dederit, eundémque Titium eodem testamento eidem pupillo tutorē adscripserit, Titius verò confirmatus excusauerit se à tutela, An legatum amittet? Dubitationem facit, quia nihil videtur hoc casu facere Titius contra testamentum etiāsi excuset se à tutela testamentaria, quæ scilicet nullo iure fuerat ei demandata, cùm neque mater, neque vllus extraneus tutorem testamento dare possit ei, quem non habeat in sua potestate. Ideóque nimirum necesse est vt confirmetur. Proinde nihil videtur imputari posse Titio qui tutor esse noluerit ab eo datus à quo dari iure non potuit, Sed tamen contrà respondet Paulus in *d. l. Nesennius*, allegata etiam autoritate Scæuolæ, Eum qui nullo iure datus sit tutor vel curator siue à patre ipso qui fortè tutorem dare noluerit filio emancipato, siue à matre siue à quouis extraneo, si posteaquàm confirmatus est à prætore excusationis beneficio vti maluerit perinde repellendum esse à legato: quia æquè verum est facere illum contra iudicium testantis, quod prætor ipse secutus est confirmando tutelam. Nam post confirmationem perinde ratum est iudiciū defuncti acsi ab initio iustū fuisset, nec quod nullo iure

d. l. Nesennius 32. hoc tit.

tutela data esset, facere potest vt de iudicio illo defuncti eo magis dubitari debeat, cùm dici soleat, quod & verum est etiam ex actu nullo declarari voluntatem *l. vlt. D. de reb. eor. qui sub tutel.* Cur ergo Prætor patiatur negligi à Titio iudicium quod ipse sit secutus? Et verò secuta quandocumque confirmatione tam necessaria est confirmato tutori excusatio quàm si ab initio iure datus esset *l. Caius* 16. D. *hoc tit.* Quidni igitur eodem iure censebitur quo esset si iure datus tutor ab eo à quo præterea legatum meruisset, vellet se excusare?

l. vlt. D. de reb. eor.

l. Caius 16. D. hoc tit.

Non tamen his consequens est, vt si fortè prætor tutorem eum dederit, qui aliqua excusatione, & immunitate vti potuit, & is à prætore datus se excusauerit, legatum tamen amittere debeat, quod eiusdem pupilli pater ei dedit. Hic enim etiamsi se excuset, nihil tamen amittit, quia facit quidem contra iudicium prætoris sed non contra iudicium patris. Siquidem dici non potest quòd pater voluerit tutelam filii administrari ab eo quem non dederit ipse tutorem, *l. ex eis apparet* 34. *eod. tit.* Pœna verò amittendi legati non tam ob allatam excusationem infligitur quàm ob neglectum patris iudicium in alleganda excusatione: Nec attenditur contemptus iudicij prætoris qui tutorem hunc dedit: nisi cùm vtrumque iudicium concurrit, & defuncti & prætoris, quod euenit cùm à patre datus tutor vel curator aut ab alio, non habente ius dandi tutoris, confirmandus fuit & confirmatus à prætore. Sanè nec sufficeret contemptum fuisse iudicium patris aut alterius testatoris si non etiam contemptum esset iudicium prætoris, Eo scilicet casu quo necessaria est confirmatio, vt iudicij testamentarij ratio aliqua haberi possit. Nec enim legibus pœnam vllam mereri potest is qui negligit, defuncti iudicium iisdem ipsis legibus improbatum.

l. ex eis apparet 34. eo. tit.

De tutore qui habens contutores non se excusauit, sed administrare noluit.

Difficilior illa quæstio est, si tutor hic quem posuimus siue à patre siue à matre siue à quouis extraneo inutiliter datum, sed confirmatum habuerit contutores ritè vel datos vel confirmatos, nec se excusauerit, sed tamen administrare noluerit, contentus fortasse quòd cæteri essent idonei, An perdat legatum sibi eodem testamento relictum? Dubitationem facit quod ad hunc tutelæ periculum pertinet non minùs quàm si administrasset, hactenus saltem vt post eos qui gesserunt velut in subsidium conueniatur *l. 1. & 2. C. si tut. vel curat. non gesser. l. tres tutores* 55. *§. non solum* D. *de administr. tutor.* cùm debuerit se excusare si nolebat periculum ad se pertinere. Proinde cùm periculo tutelæ sit obnoxius, æquum videtur vt legati quoque lucrum & commodum ad eum pertineat. Et sanè tam bona hæc ratio est vt bene ad eam responderi, meo iudicio, non possit. Est enim eiusdem nostri Pauli in *l. quid autem* 35. D. *hoc tit.* Attamen non placuit Triboniano, qui pergens more suo respōsa prudentum corrumpere, subiungit eleganter si Diis placet, *Sed hoc non quærendum est, sed contumacia punienda est eius qui quodammodo se excusauit.* Quasi verò quodammodo se excuset is qui non vult tutelam administrare quam videt ac patitur ab aliis administrari. Quod vtique apertè falsum est: Non enim sicuti verum est, quisquis se excusat eum nihil administrare, ita ex contrario possis dicere, Omnem qui non administrat videri se excusare. Et dissimilitudo ratióque dissimilitudinis euidens est, quoniam ad eum qui non administrauit nihilominùs

l. quid autem 35. D. hoc tit. - Alius Tribonianismus apud Paulum.

nùs periculum tutelæ pertinet si se non excusauerit: quod non æquè pertinet ad eum qui se excusauit, Cùm inductæ sint excusationes non tam ad hoc vt tutelam gerere & administrare quis non cogatur, quàm vt nec tutelam suscipere, tutelæque periculo & rationum reddendarum necessitati se obstringere. Nam & pupillo satis cautum est si habeat quem de indemnitate conuenire possit. Ac proinde cùm non alia causa sit propter quam tutori, qui contemplatione tutelæ legatum meruit legatum aufferatur quàm quia pupilli vtilitates deseruit, vt ait Iurec. in *l.5.§.amittere D.de his quæ vt indign.* Dici autem non possit desertas pupilli vtilitates ab eo qui tutelæ periculum in se receperit, Omnino consequens est vt nec aufferri legatum ei debeat, cuius fortasse precio receperit in se periculum illud, quod alioqui non fuerat suscepturus. Habet autem hoc minùs dubitationis in eo de quo Paulus loquitur, qui scilicet non per dolum & contumaciam abstinuit à rerum pupillarium administratione, sed quòd videret tutelam ritè ac ex bona fide administrari à contutoribus, quos præterea sciebat esse idoneos: vt non possim videre quonam colore possit cōtra eum vsurpari ratio illa qua mouetur Tribonianus, & quam petit ex eius cōtumacia. Quamquam nec aliud responderem tametsi proponeres solum esse tutorem hunc, qui nec administrare voluit nec se excusare. Sufficit enim quod tutelæ iudicio perinde possit conueniri atque si administrasset, Adeóque primo loco, cùm alius nemo fuit qui administrauerit. Non enim pupilli vtilitas tam in eo est vt habeat administratorem quàm vt habeat tutorem qui de neglecta saltem administratione conueniri possit *l.non quasi 4.§.sed enim D.rem pupill.vel adolesc.salu.for.l.pro officio 20.C.de administr.tutor.* Tenetur siquidem tutor ex quo debuit accedere ad administrationem, siue noluerit se excusare siue voluerit quidem, sed non sit admissa eius excusatio vt scriptum est in *l.tutor vel curator 20.D.eod.ill.tit.* Itaque non tam pupilli quàm suas vtilitates deserit tutor, qui nec se excusare vult, nec tamen administrare tametsi faciat id quantum voles dolo malo, quia sibi magis quàm pupillo nocet: Imò sibi soli, non etiam pupillo. Nulla igitur ratio est vt ex ea causa legatum amittere debeat. Sed quid si administrauerit, malè tamen ac perfidè, ita vt remoueri eum necesse fuerit, & quidem tanquam suspectum? Multò magis dicendum videtur inquit Tribonianus, indignum hunc esse iudicio patris. Nec malè si ponas remotum fuisse antequam legatum peteret, adeóque impudentem illum esse, vt quamuis remotus à tutela ob suam perfidiam, pergat nihilominus petere legatum quod ei non nisi remunerandæ fidei causa fuerat datum. Sed si ponas iam solutum ei legatum antequam quasi suspectus remoueretur, Nego aufferendum ei quasi indigno, cùm semel tacitam illam condicionem quam huic legato inesse diximus expleuerit eo nimirum tempore quo & tutelam suscepit & administrationi se immiscuit. Quæ enim ex postfacto superuenit mala & perfida administratio non potest irritam facere solutionem quæ ritè facta fuit, nec indebitum reddere legatum quod semel fuit non modò debitū, sed etiam solutum. *arg.l.sancimus 25.C.de admin.tutor.l.verbis legati 5.in fin.D. ad leg.falcid.* Et verò si legatario qui iam legatum consecutus esset aufferri illud posset tanquam indigno, fatendum esset acquisitum iri fisco, non remansurum penes pupillum, vt de cæteris omnibus solemus dicere quæ iam acquisita, postmodum tanquam ab indignis aufferuntur. *l.1.& tot.tit. De his quæ vt indign.D.&* C. Nec rursus distinguendū esset an tutor hic se excusare velit ante

l.5.§.amittere D. de his quæ vt indign.

l. non quasi 4.§.sed enim D. rem pupill. salu. for.

l. pro officio 20.C de admin.tutor.

l. tutor vel curator 20. D.eod.

acceptum legatum an post, Nam si acceptum semel legatum postea ex aliqua causa posset amittere, plerumque interesset pupilli admittere illum nihilominus ad excusationem, vt hoc ipso legatum tutor amitteret lucro & commodo pupilli, cui subinde alius tutor dari posset fortassis melior. Certè minus suspectus. Quam enim diligentiam sperare liceat ab eo qui velit se excusare, nec nisi inuitus suscipiat tutelam? Atquia legatũ semel solutum nunquam ex hac causa redire ad pupillum potest, æquissimè constitutum fuit vt tutor hic idémque legatarius si post acceptũ legatum velit se excusare non sit audiendus *l. 5. §. amittere D. ill. tit.* non magis quàm si post allatã excusationem petere legatũ velit. Atque ita mihi supradictæ leges omnes explicandæ videntur.

d. l. 5. §. amittere D. de his quæ vt indign.

De *substituto pupillari, qui tutor datus excusauit se à tutela.*

PEndet autem ex superioribus illa etiam quæstio quã idem Paulus noster tractat *in d. l. amicissimos 36. D. hoc tit. De excusat. tutor.* De illo qui ab amico tutor datus, idémque legato aliquo honoratus, & ipsi etiam pupillo substitutus, excusauit se à tutela. Nam etsi certum est hunc amittere legatum iuxta ea quæ proximè disputauimus, dubitari tamen eleganter potest de pupillari substitutione, An defũcto pupillo intra pupillares annos possit ei tutor succedere tanquam substitutus. Occurrit enim quod contra eum possit obiici, æquè indignum eum esse substitutione pupillari, atque legato, cùm pupilli vtilitates vltro deseruerit, Exemplo etiam eius, quod dicimus de matre quæ nõ petiit tutorem filio impuberi, aut priùs cõuolauit ad secunda vota quàm tutorẽ ei peteret, suæque administrationis rationes redderet, excludi eam ab omni successione filij, id est nõ tãtum à legitima, sed etiam à testamentaria si fortè pupillariter fuerat ei substituta. *l. omnẽ 6. C. ad Tertyll.* Nisi quod plerique volũt saluã ei nihilominus esse legitimæ portionis petitionẽ vt scripsim' in Codice Fabriano. Contrà tamen Paulus respondet, Non esse tutorẽ hunc repellẽdũ à cõmodo substitutionis pupillaris, quia nõ est verisimile quòd pupillariter substitutus fuerit sub ea tacita condicione, Si & tutelã suscepisset: Cùm substitutio pupillaris in eum nominatim casum conferatur, & in id tempus quo etiam suscepta tutela finiretur, quæ scilicet finitur morte pupilli. Vt proinde ratio amittendi legati nõ habeat locũ in substitutione pupillari. Simile propemodũ est quod solemus dicere, Vsũfructũ non posse alicui relinqui in id tẽpus quo ipse morietur, cũ eo ipso instãti vsusfructus etiãsi iã quæsitus esset, ab illo discedere incipiat *l. Titio cùm morietur 51. D. de vsufr.* Itẽ, & similius quod scriptũ est in *l. Paula Callinico 27. §. Põpeius, de leg. 3.* Si soror quæ prælegatũ à patre acceperat, & præterea fideicõmissum meruerat sub ea condicione, Si frater idémque coheres sine liberis moreretur, posteà codicillis aliquid acceperit quo iussa sit cõtenta esse pro omni hereditate, & his omnibus, quæ in testamento pater ei reliquerat, Mortuo posteà sine liberis fratre, sororẽ quæ legatũ codicillis relictũ agnouerit, non eò minus posse fideicõmissũ petere sibi post mortem fratris relictũ. Quasi de eo non potuerit cogitare testator cùm clausulam illam in codicillis adscripsit *pro omni hæreditate & his quæ in testamento reliquerat.* Nempe quod ea clausula non tam in odium sororis adiecta videri posset, quàm in fauorem fratris vt eius portio hereditaria tantò minùs per ea quæ sorori danda essent minueretur: Fauor autem fratris nullus vrgebat vt soror excluderetur ab eo fideicommisso quod non nisi post fratris mortem debebatur, ac proinde

d. l. amicissimos 36. D. hoc tit.

l. omnem 6. C ad SC. Tertyl.

l. Titio cùm morietur 51. D. de vsufr.

l. Paul. Callinico 27. §. Põpeius de leg. 3.

inde non à fratre ipso sed à fratris herede,cuius tanquam incerti & ignoti non tantam rationem habere testator potuerat,quantum propriæ filiæ.Quanquam non deesset,quod in contrarium replicare quis posset pro Paulo cuius sententiam Imperator eo loco improbauit,si commodus hic esset de iis dicendi locus.Sed aliàs in Rationalibus si Deus volet vt ad illum vsque locum Rationalia persequamur.

AD TIT. XXV.

De suspect.tutor.vel curat.

PRINCIPIVM I.

Suspecti tutoris accusationem publicam esse & ex lege 12.tab.descendere.

SVSPECTI tutoris accusatio publica est, descendítque ex lege duodecim tabularũ, Esse publicam,aut quasi publicam Iustinianus noster *in §.consequens est hoc tit.post Vlpianum in l.1.§. consequens* D. *eod.* vbi hoc sic explicat Vlpianus vt ideò publica dicatur,quòd omnibus pateat,non quòd sit ex lege aliqua publicorum iudiciorum,cuiusmodi sunt aliæ illæ accusationes quæ pro criminibus publicis vindicandis instituuntur, De quibus *in l.1.l.infamem 7.& pass. D. de publ. iudi.* Nã neque suspecti tutoris crimen publicũ est, cùm non sit ex legibus publicorum iudiciorũ,sed ex lege duodecim tabularũ *d.l. 1. §. Sciendum D. hoc titul.* Ideo autem visum est quasi publicam esse debere, hanc accusationem,& patere omnibus, quia interest non modò pupillorum,sed etiam reipublicæ,vt pupillis subueniatur, eáque res ad publicam curam pertinere dicitur in *l. 2. §. quæ autem aliàs. Diuus D. qui pet.tutor.* Adeò vt etiam sine accusatione,quod magis est,possit quis repelli quasi suspectus si fortè prætori liqueat ex apertissimis rerum argumentis suspectum eum esse. *l. 3. §. præterea D.hoc tit.* vbi nec dissimulat Vlpianus hoc ita receptum, & recipiendum esse fauore pupillorum. Descendit autem hæc accusatio ex lege 12 .tab. quia sicuti lex illa est,quæ tutoris dandi potestatem nominatim fecit *l. verbis legis 120.De verb.signific.* ita prospici & prouideri eadem lege necesse fuit, ne quis tanta potestate quanta est tutoria quæ ad patriam potestatem proximè accedit, tutorémque veluti dominum rerum pupillarium efficit, in pupillorum perniciem abuteretur : Quod ipsum non aliter,aut meliùs fieri potuit quàm inducto eo accusationis genere per quod remoueretur tutor ab administratione si qua de causa suspectus fieret. Etsi enim ferè semper accidit, vt pupillus paratam indemnitatis actionem habiturus sit, vel contra tutorem ipsum, vel contra eius fideiussores, vel denique in subsidium contra magistratum ipsum, si vel nullo, vel minùs idoneo fideiussore accepto tutorem vel curatorem dederit, Interest tamen pupilli vt non interim bona eius dilapidare tutori liceat, vtque

§. consequens est hoc tit. l.1.§. consequens D.eo.

d.l.1.§.sciendum.

l. 2. §. quæ autem Aliàs. l. Diuus D. qui pet. tutor. l.3.§.præterea D. hoc tit.

res eius salua sit potiùs quàm vt habeat tabulas cautionis Rem pupilli saluam fore,quia satisdatio non mutat maleuolum tutoris propositū,sed diutiùs grassandi in re pupillari facultatē tutori pręstat *l.suspectus* 5.*& seq.*D.*hoc tit.*Melius denique est intacta pupilli iura seruari ab initio, quàm post vulneratam caussam remedium quæri *l.vlt.C. in quib.caus. non est necess.in integr.restit.*Sicut dicimus,in cæteris omnibus,Melius cuique esse non soluere quàm solutum repetere *vulg l.*3. D.*de compensat.l.si stipulatus* 15.D.*de fideiuss.*

l.suspectus 5. *& seq.* D. *hoc tit.*

ILLATIO I.

De frequenti vsu accusationis suspecti.

EX hoc Principio illud primùm fit,vt accusatio suspecti tutoris sicuti pernecessaria est ita sit etiam frequentissima. Quotidie enim suspecti tutores postulantur vt ait Vlp.in *princip.l.*1.D.*hoc tit.*Quia cùm sit accusatio publica & quæ omnibus patet,nemo agentem repellit,quomodo de inofficiosi testamēti querela scribit idem Vlpianus in *l.*1.*&* *l.posthumus* 6.*§.si quis ex his D. de inoff.testam.*Sicùt autem quilibet suspecti accusationem instituere potest, ita & tutor quilibet accusari siue testamentarius ille sit siue legitimus, siue à magistratu datus *§.ostendimus hoc tit.l.*1.*§.ostendimus* D.*eod.l.etiam* 4. C. *eod.* Adeò autem publica est patétque omnibus hæc accusatio vt etiam mulieres ad eam admittantur,quamquam non omnes sed eæ solæ quæ pietate necessitudinis ductæ ad hoc procedunt, vt puta mater,auia, nutrix & soror. Nam de sorore extat rescriptum Diui Seueri vt refert Vlp.in *d.l.*1.*§.quinimò D.hoc tit.* vbi addit quod magis est,si qua mulier alia fuerit,cuius prætor propensam pietatem intelligat,non sexus verecundiam egredientis, sed ea pietate productam quæ non possit continere iniuriam pupillis factam,admitti eam debere ad accusationem:Quamuis ex regula iuris ciuilis mulier non aliter admitti possit ad accusandum etiam ex legibus publicorum iudiciorum,quàm si vel suam vel suorum iniuriam prosequatur *l.de crimine* 11.*C.qui accus.non poss.l. si fœmina* 5. *C. ad SC.Turpill.*

*l.*1.*eod.*

*l.*1.*l posthumus* 6. §.*si quis de inof. test.*

*l.*1.§.*ostendimus &* §. *quinimò D. hoc tit.l.etiā* 4.C.*eod.*

l.de crimine 11.C *qui accus.non poss. l. si fœmina* 5.C.*ad SC. Turpill.*

ILLATIO II.

De tutore per contutorem suspecti accusato.

MVltò magis dicendum est posse tutorem fieri suspectum à contutore, siue duret adhuc tutor is,qui suspecti accusationem instituit, siue iam desierit ipse,dummodò contutor qui accusatur maneat tutor *l.*3.*in princip.* D. *hoc tit.*Etsi enim plurium eiusdem pupilli tutorum ea ratio, & conditio est,vt vnius vice fungantur,quia nec nisi vnam vnius pupilli personam repræsentant *l.simul plures* 23.D *de tutor.& curat.dat.*iunct.*l.vlt.C.de autor.præst.*fieri autem nequit vt agat quisquam contra seipsum *l. ne cum filiofamilias* 16. *D. de furt.* Verum tamen est plures tutores esse quorum sicuti reuera diuersæ distinctæque sunt personæ,ita & diuersa plerumque fides est& industria,nec quicquam vetat perfidum esse aut negligentem vnum ex tutoribus, alium verò & fidelem & diligentem itémque vnum fieri pauperiorem tutela durante,alium verò locupletiorem.Proinde si quando id contingat,pupilli vtilitas suadet vt licere

*l.*3. *in princ. D.hoc tit.*

cere debeat vni ex tutoribus alium suspectum facere, Nec tantùm pupilli vtilitas, sed & ipsius contutoris, qui si in eo faciendo esset negligentior hoc ipso se obstringeret periculo tutelæ ex persona & facto contutoris quem suspectũ facere supersedisset *l.2.C.de diuid.tutel.l.1.§.vsque adeò in fin. D. de tutel.& ration.distr.l.actus sui 19.D.de admin.tutor.* Et hæc secunda ex Principio nostro illatio sit.

l.2.C.de diuid.tutel.l.1.§.vsque adeò in fin. D.de tutel.& rat.distr.l.actus sui 19.D.de admin.tutor.

ILLATIO III.

De pupillorum libertis ad hanc excusationem admittendis.

TErtiò fit ex eodem Principio vt liberti quoque pupillorum ad huiusmodi accusationem admitti debeant, tanquam qui non tantùm honestè, sed etiam gratè facturi sint si tutores, vel curatores pupillorum eorundémque patronorum suspectos fecerint ob malè gestam rem siue patroni ipsius, siue liberorũ patroni *d.l.3.§.1.D.hoc ti.* Quid tamen si velit libertus patronum suum suspectum facere in tutela alterius pupilli non patroni? Ratio dubitãdi ex hoc ipso Principio nascitur, quia cùm hæc accusatio pateat omnibus quasi publica, quidni etiam liberto aduersus patronum patebit? Sed tamen non ita est, Imò repellendus est libertus ab huiusmodi accusatione patroni, vt ex eodem Vlp. nostro scriptum est in *d.§.1.* Ne, inquit, in ipsa cognitione grauius aliquid emergat, id est, Ne grauius esset crimen quod ex eiusmodi accusatione cõtraheretur, quàm quod patrono per accusationem obiiceretur. Præsertim cùm huiusmodi accusatio plerumque infamiam irroget condemnato, nempe si is ob dolum remotus sit, non si ob culpam duntaxat *d.l.3.§.vlt.& l.seq.§.suspectus autem remotus hoc tit.* Numquam autem ferendum sit, vt libertus quid dicat, vel faciat, quod suggillet existimationẽ patroni *l.parens 5.§.1.& legib.seqq. D.de obseq.parent.& patron.præst.l.4.§.aduersus D.de doli mal.except.* Ergo patet omnibus hæc accusatio, nisi si qui sunt quos maior aliqua ratio summoueat ab accusando, quod euenit in persona liberti patronum suum accusare volentis.

d.l.3.§.1.D.hoc tit.

d.l.3.§.vlt.& l.4.§.suspectus autẽ remotus hoc tit.

l.parens 5.§.1.& legib.seq.D.de obseq.parent.& patron.præst.l.4.§.aduersus D. de doli mal.except.

ILLATIO IV.

De curatore quoque suspecto accusando & remouendo.

QVartò ex eodem Principio fit, vt non tantùm pupilli tutor tanquam suspectus remoueri possit, sed etiam adolescentis curator, Non quod de his quoque curatoribus lex duodecim tabularum locuta sit ex qua suspecti accusationem descẽdere diximus (minoribus enim curator dabatur olim ex lege Lætoria, hodie verò ex edicto prætoris, Numquam autem ex lege duodecim tabularum) sed ad exemplum tutoris, quòd eadem ferè in omnibus ratio esse soleat, tutorum & curatorum, nec minùs ad publicam vtilitatem pertineat, vt minorum, quàm vt pupillorum bona conseruentur, Quin potiùs eo magis quod minor ætas aptior est & vt ita dicam præsentior ad opem reipublicę ferendam quàm pupillaris, In iis scilicet quæ viribus corporis, potiùs quàm consilio & prudentia expediri debent *l.2.l.5.6.& 7.C.hoc tit.* Nec tantùm minoris & adolescentis curatõr quasi suspectus remoueri potest, sed etiam cura-

l.2.5.6.& 7. C.hoc tit.

l.3.§. non tātum D. eod.

l.1.D de curat. furiof.

tor furiosi, vel prodigi *l.3.§.non tãtum D.eod.* Sed hoc an ex lege 12.tab.potiùs ex prudẽtum ad eam legã interpretatione? Nec enim de his curatoribus illud dici potest quod de curatore minoris proximè diximus de iis locutã nõ fuisse legem duodecim tabularũ, cùm lex de iis nominatim cauerit *l.1.D.de curat. furiof.* Verùm etsi de curatoribus istis lex locuta est quæ & curatoribus bonorũ suorum administratione interdixit, & furiosos in agnatorum gentiliúmque tutela esse iussit, Attamen de remouendis illis nihil constituit, quomodo de remouendis tutoribus, Itaque quod hodie curatores isti æquè remoueri possint, & quidem per suspecti accusationem, fit haud dubiè per interpretationem, & exemplo eius quod lex duodecim tabularum constituerat in pupillis & tutoribus eorum. Quorsum enim & prodigis & furiosis curator datur, nisi vt eorum bona conseruentur per curatorem quæ per eos ipsos conseruari nullomodo possunt? Ergo si quando contingat, vt curator siue prodigo, siue furioso datus malè ac perfidè administret, remouendus est tanquam suspectus eadem prorsus æquitatis & publicæ vtilitatis ratione, qua pupilli tutor remouetur. Nam & habent curatores isti maiorem adfinitatem cum tutoribus quàm habeant curatores qui minoribus, & adolescentibus dãtur, quia non tantùm bonis vt illi, sed etiam personis ipsis furiosi & prodigi quomodo tutores personæ pupilli dantur *d.l.1.D.de curat.furiof.l.in negotiis* 5. *De regul.iur.*

d.l.1.& l.in negotiis 5. de reg. iur.

ILLATIO V.

De crimine suspecti in persona eius qui curam ventris bonorúmve administrat.

QVintò ex eodem Principio fit, vt etiamsi quis curam ventris bonorúmve administret æquè non careat huius criminis metu, vt loquitur Vlp. in *dicta lege 3.§.sed etsi quis hoc tit.* id est perinde poterit suspectus dici & remoueri si malè nec ex fide bona probetur administrare. Etsi enim minùs iuris habet hic curator, quàm qui vel furioso, vel prodigo datur, quod neque vlli personæ datus dici potest, neque ex lege siue duodecim tabularũ, siue qualibet alia, cùm ex edicto prætoris detur, & quidem non ad hoc vt rerum administrationem habeat quam cæteri curatores habent etiam qui adolescentibus dati sunt, sed solam custodiam & rerum quæ deteriores futuræ sunt distrahendarum facultatem *l.inter bonorum 48.D.de admin.tutor.* Cùm tamen ob hoc ipsum detur à prætore & ex eius edicto, vt bona custodiantur & conseruentur *l.1.D.de ventr.in poss.mittend.* consequens omnino est, vt non debeat pati prætor perseuerare illos in administratione si videat malè illos administrare, Ne alioqui quod ad bonorum custodiam & tuitionem ab eo factum est in eorundem iacturam & perniciem conuerti patiatur. Ita enim fieret vt propositum suum prætor non seruaret quomodo loquitur Vlp. in *l.1. §.exceptionem D.quar.rer.act.non dat.l.3.§.sed vtrum l.cum mandatu 23. D.de minor.*

d l.3. § sed & si quis hoc tit.

l.inter bonorum 48. D. de admin. tutor.

l. de ventr. in poss.mitt.

l.1.§. exceptionem D. quar. rer. act.non dat.

l.3.§. sed vtrum l.cùm mãdatu 23. D. de min.

ILLA-

ILLATIO VI.

De infamia tutoris suspecti & remoti ob dolum.

SExtò ex eodem Principio fit, vt suspectus tutor & à tutela remotus infamis fiat, si modò ob dolum suum remotus sit *dicto* §. *suspectus autem remotus hoc titul.* quia licèt infamem non ex omni crimine sententia facere soleat, sed ex eo tantùm quod publici iudicij causam habuit, aut quod etiã in priuato iudicio infamiam irrogaret *l. infamem* 7. D. *de public. iudic.* Hæc autem accusatio non est de crimine publico, neque ex lege vlla publicorum iudiciorũ descendit, vt diximus in superioribus, Cùm tamen sit publica accusatio, & proficiscatur ex delicto eius ipsius qui conuenitur (in quo differt à querela inofficiosi testamenti quæ non nisi contra heredem proponitur illius qui dicitur violasse officia pietatis) perinde infamiam irrogat damnato atque si ex iudicio publico proficisceretur. Planè si extra causam doli & ob solam segnitiam, vel rusticitatem, vel incuriam, vel simplicitatem, vel ineptiam remotus quis sit, non fit infamis *l.* 3. §. *vlt. & l. seq.* D. *hoc tit. l. vlt.* C. *eod.* quia tantam pœnam, quanta est infamiæ, mereri non potest ille qui delictum non admisit, nec rursus deliquisse videri ille qui caret dolo, cùm ferè sine dolo delictum non committatur, Itaque faciunt hæ causæ, vt integra existimatione quis discedat à tutela vel cura. Quibus adde si quis ideò remotus sit à tutela quòd per suam paupertatem satisdare non potuerit *l.* 2. C. *de tutor. vel curat. qui satis non dedit.* Medius quidam casus est in quo tutoris fraus & dolus coercetur, nec tamen fit ille infamis. Nimirum si prætor ob compertã tutoris fraudem non quidem eũ remouerit, sed alium ei adiũxerit, ne posset ille pro arbitrio grassari in re pupillari. Hic enim est quidem in dolo & quodammodo punitur doli sui nomine, sed tamen non est famosus, quia non est abire tutela iussus, Tantúmque abest vt remotus fuerit, vt è contrario potiùs fuerit confirmatus dato ei adiuncto *d. l.* 3. *in fin.* Remotio enim à tutela est illa quæ infamat, non sola suspecti accusatio. Nec tamen rursus sola remotio, sed quæ infamẽ causam habet, id est dolum tutoris, Adeò vt si prætor decreto suo causam remotionis non significauerit debeat dici tutorẽ ita remotũ integrę famæ esse, vt ex Papiniano tractat Vlp. in *d. l.* 4. §. 1. *hoc tit.* Et ob eam rem nimirum debet prætor decreto suo causam remotionis significare, vt appareat de existimatione, id est, ne sit incertum an eo facto læsa sit existimatio tutoris an non *d.* § 1. Nã & publicè interest sciri cuius quisque sit existimationis *l.* 1. *& tot. tit.* De *his qui not. infam. l.* 3. *l. quæsitum* 13. D. *de testib.* Si tamen prætor sua sententia non remouerit tutorem à tutela, sed tantùm gerere illum prohibuerit, an eo minùs erit infamis? Imò erit. Nam & hic tutor esse desinit perinde acsi remotus esset. Causa tamen inspiciẽda semper erit propter quam prohibitus fuerit gerere, An scilicet eius aliquis dolus causã dederit prohibitioni, an alia causa ex iis quas diximus non infamare. Deniq; de remotione à tutela illud ipsum dici potest, quod de ictu fustiũ scribit Marcellus in *l. ictus fustiũ* 22. D. *de his qui not. infam.* nõ iuctũ fustium infamare, sed causam. Ille casus dubitabilior videtur, si tutor nihil gesserit & ob eam causam ipsam remotus sit, an fiat infamis. Constat enim non posse hunc suspecti accusatione postulari, cùm non possit dici malè ac perfidè tutelam gerere is, qui nihil gerit,

§. suspectus autem hoc tit.

l. infamem 7. D. de public. iudic.

l. 3. §. vlt & l. 4. D. hoc tit. l. vlt. C. eod.

l. 2. C. de tutor. vel cur. qui satis nõ ded.

d. l. 3. in fin. hoc tit.

d. l. 4. §. 1. hoc tit.

l. ictus fustiũ 22. D. de his qui not. infam.

Sed tamen verius est infamem illum esse si dolo faciebat ne gereret, non etiam si per ignauiam, vel negligentiam tantùm: cùm aliæ atque aliæ causæ esse possint ob quas non gerat quis tutelam, quam gerere alioqui deberet. Atque ita intelligo quod idem Vlpianus noster scribit de tutore isto ex huiusmodi causis remouendo in *d.l.4.§.vlt.* licèt de infamia nihil exprimat, vt nimirum locus ille ex aliis sumat interpretationem. Præsertim cùm tutor suspectus dicatur ex moribus potiùs quàm ex administratione, vt dicemus ad Princip. 2. illa. 7. *ex l. suspectum* 8. *D. hoc tit.*

d.l.4.§.vlt. hoc tit.
l. suspectum 8. eod.

ILLATIO VII.

De suspecti accusatione non facilè permittenda.

SEptimò ex eodem Principio fit, vt quoties per aliam viam quàm per suspecti accusationē potest consultum esse pupillo, non sit permittenda suspecti accusatio tāquam quæ sit odiosa, vel hoc ipso quod accusatio est, quódque infamiam irrogat damnato, Nec pupilli fauor vllus esse potest propter quem debeat permitti hæc accusatio si alia mitiore nec minùs tuta via possit ille indemnis seruari, Cùm nō alia de causa sit inducta hæc accusatio, quàm vt pupillorum vtilitatibus consulatur: Interſit autem reipublicæ non ita facilè ac passim ciuis romani dignitatem & existimationem lędi. Exempla sunt in *d.l.3. §. quæri potest & seq.* D. *hoc tit.* Puta si quis fuerit tutor pupilli, idémque sit curator confirmatus adolescenti, & probetur multa perfidè gessisse durante tutela. Nam cùm possit tutelæ conueniri à contutoribus, scilicet deposito iam officio tutelæ, & alio sumpto curationis, consequens erit dicere suspecti accusationem cessare: Non item si etiamnum curam malè administret, quia quādiu cura durat agi eo nomine non potest, & ideò necessaria est suspecti accusatio *d.§. quæri potest.*

l.3.§. quæri potest & seqq. eod.

De tutore qui postquàm tutor esse desiit rursum tutor esse cœpit.

ITem si proponas aliquem desiisse tutorem esse, & rursum cœpisse, vt puta si vsque ad tempus vel vsque ad condicionem fuerat datus in testamento, quod fieri posse diximus sæpius in præcedentibus ex *l. tutor* 8. *§. tutorem D. de testam. tutel.* deinde iterum datus est tutor à prætore, vel superueniente condicione testamentaria iterum tutor esse cœpit, Similiter dicendū erit suspecti eū postulari nō posse, quia cùm sint duæ tutelæ diuersæ ac separatę, potest vtique iudicio tutelæ cōueniri si modò aliquis sit qui eū conueniat, id est contutor *d.l.3.§. idem erit.* Nam si solus ille sit, cùm cesset actio tutelæ, nō tam quòd nondum competat, quàm quòd nemo sit qui eam possit exercere, suspecti accusatio necessaria est per quam remoueatur non quidem à priore tutela, quæ iam finita est, & in qua tamen sola ponimus eum fraudulenter versatum esse, sed à posteriore tutela & administratione quam nūc habet, quasi in hac quoque suspectus sit ex eo quòd in alia malè versatus est *d.l.3.§. si autem ipse tutor.* Ergo & idem dicendum est in eo qui post finitam tutelam quam perfidè gesserat solus confirmatus est curator, vt nimirum quia nō habet concuratorem à quo possit tutelæ conueniri ob malè gesta in tutela remouendus sit à cura tanquam suspectus, quoniam alio remedio succurri pupillo non potest.

l. tutor 8. §. tutorem D. de testam. tutel.
d.l.3.§. idem erit hoc tit.
d.l.3.§. si autem ipse tutor.

De tuto-

De tutore dato ad tempus & ex tempore repetente ex tempore tutelam quam prius malè gesserat.

AT quid si tutor ita datus sit in testamento (nec enim aliter eo modo & ad tempus dari posset) *Quoad in Italia erit, tutor esto*, vel *Quoad trans mare non ierit*, & hic tutelam malè ac perfidè administrauerit dum esset in Italia nec trans mare, Posteà verò exiisse de Italia, & trans mare profectum fuisse, tum in Italiam rediisse, rursúmque tutelam administrare, An accusari, & remoueri poterit tanquam suspectus etiamsi habeat contutorem à quo tutelæ conueniri possit ob præcedentem malam administrationem? Quæstio in eo est, An sint duæ tutelæ, an vna tantùm quæ habeat interualla, Nam si plures tutelæ sint, quarum prior iam finita sit, dubitari non oportet, quin pro reddendis primæ rationibus possit tutelæ conueniri, si modò aliquis sit à quo conueniatur, id est contutor. Nec enim à pupillo ipso conueniri posset, Ideóque tanquam suspectus nec accusari poterit, nec remoueri, cùm alia ratione minus odiosa indemnitas pupillo parari possit. At si vna tantùm tutela sit, quam proinde finitam esse dici nequeat, quandiu pupillaris ætas durat, certũ est nullo casu posse adhuc tutelæ agi, hoc est nec si contutor aliquis sit, qui actionem si qua competeret, exercere posset, cùm ante finitam tutelam agi tutelæ non possit *l. nisi finita 4. D. de tutel. & ration. distr.* Ergo vtilis & necessaria erit hoc casu suspecti accusatio, vt tutor hic tanquam suspectus ob priorem administrationem in eodem officio factam remoueri possit *d. l. 3. §. quòd si quis ita tutor* D. *hoc tit.*

d. l. 3. §. quòd si quis ita tutor.

l. nisi finita 4. D. de tutel. & rat. distr.

De illo, qui absuturus reipub. causa desiderauit in locum suum substitui alium tutorem.

EIus qui absuturus reipublicæ causa desiderauit in locum suum substitui alium tutorem, diuersa ratio est. Nam si antequàm reipublicæ causa proficisceretur, malè administrauerat, posteà verò reuersus sit, & administrationem repetat (nec enim absentia reipublicæ causa perpetuam excusationem attulerat, sed temporalem *l. 1 & 2. C. si tut. reipub. caus. aber.*) non est ferendum vt ex antegesto suspectus postuletur, Nec si non habeat contutorem, Nimirum, quia potest ex priore gestu actione vtili conueniri *§. si quis absuturus d. l. 3.* Vtili, inquam, quoniam directa conueniri non potest cùm adhuc tutela duret *d. l. 4. D. de tutel. & rat. distr.* Vtilis tamen ideò datur, quoniam tutor esse quodammodo desiit, & quidem sua voluntate, qui quasi perpetuam habiturus excusationem alium tutorem in suum locum substitui desiderauit, cùm alioqui debuisset in locum eius curator tantùm dari tanquam in locum eius qui non nisi ad tempus fuerat excusatus *l. in omnem rem 13. & seq.* D. *de tutor. & curat. dat. l. non solùm 10. §. similiter* D. *de excusat. tutor.* Ferè enim est vt tutor esse desierit is in cuius locum alius datus fuit, cùm habenti tutorem alius tutor dari non possit, Sicut & qui in perpetuum excusatur tutor esse desinit *§. vlt. Instit. quib. mod. tutel. finit.* ideóque potuit hic tutor etiam directa tutelæ actione conueniri *l. si tutor 9. de tutel. & ration. distr.* Et tamen ponendum est reuersum hunc qui antequàm reipub. causa abesset tutor fuerat, repetiisse administrationem, & tutelam resumpsisse, quoniam alioqui non fieret locus quæstioni, An posset remoueri tanquam suspectus, qui neque tutor esset am-

d. l. 3. §. si quis absuturus hoc tit. & d. l. 4. de tutel. & rat. distr.

l. in omnem rem 13. & seq. D. *de tutor. & curat. dat.*

§. vlt. Inst. quib. mod. tutel. finit.

plius neque administraret. Potuit autem tutelam resumere alio etiã tutore dato, Alius enim ille tutor esse ipso iure desiit reuerso priore, Nõ minùs quàm curator datus in locum eius qui ad tempus duntaxat excusatus fuerat propter absentiã, ipso iure curator esse desinit reuerso tutore qui numquam tutor esse desiit. *d.l.si tutor 9.in prin.D.de tutel.& rat.distr.* Nisi cum Cuiacio dicas, Minùs propriè locutum eo loco Vlpianum, & tutorẽ dixisse pro curatore, itémque tutelæ actionẽ pro actione negotiorum gestorum, quæ solet dari aduersus curatorem, vt & in *l.quæsitum* 12.D.*de tutel.* quod tamen minùs probabile est. Nam vt idem Cuiacius obseruat & fatetur, non sunt prudentes nostri adeò faciles ad loquendum impropriè & abusiuè. Ponendum tamen est hunc tutorem quem dicimus posse conueniri post reditum actione tutelæ pro administratione facta priusquàm abesset reipub. causa, contutorem aliquem habere, vt persona sit à qua conueniri possit, Alioqui certum est pupillo non posse dari actionem hanc contra tutorem, præsertim quandiu tutela perseuerat. Quod tamen diximus posse agi tutelæ cum reuerso, qui abfuerat reipublicæ causa, contrarium videtur ei quod disertè scriptum est in *l.penult. in princip.supr.de excus.tutor.* vbi dicitur vnam duntaxat esse hoc casu tutelam, ideóque nec tutelæ agi posse ante pubertatem, Nisi distinguamus quomodo distinximus in *tit.praced.illat.*3. An is qui absuturus erat reipublicæ causa, excusatus fuerit à testatore ipso propter absentiam, & ad tempus tantùm, vt in *d.l.penul.* quia verbum *quoad* ibi appositum à testatore habet reuolutionẽ temporis, vt Oldrad. dicebat, an verò à magistratu & quidem in perpetuum ita vt in eius locum alius tutor datus sit eo ipso ita desiderãte vt in *d. l. si tutor, & in d.§.si quis absuturus.* Hoc enim posteriore casu videtur finita prior tutela, factáque diuisio non tantùm administrationis, sed etiam substantiæ tutelæ, vt loquitur Bart. ad *d.l.penult.* Vt proinde actionem tutelæ si non directam saltem vtilem eo casu dari mirandum non sit, cùm aliquando competierit etiam directa quæ per tutorem substitutum in prioris locum potuit haud dubiè exerceri.

l. si tutor 9. in princ. D. de tutel. & ration. dist. l. quæsitum 12. D. de tutel.

l.pen. in pri. D. de excus. tutor.

d.l. si tutor & d.l.3.§ si quis absuturus D. hoc tit.

De illo, qui antequàm tutor esset, dolum malum admisit in bonis pupilli.

ILlud minorem habet dubitationem quod idem Vlp. noster tractat in *d.l.3. §.nunc videamus*, Si quid per dolum malum heres admiserit in bonis pupilli, sed ante tamen quàm tutor esset, quamuis in bonis pupilli, non posse, vel in tutela suspectum postulari, quia delictum tutelam præcessit. Proinde, inquit, si pupilli substantiam expilauit, sed antequàm pupillus heres esset (legendum enim est *heres* non *tutor*, vt aliàs monui) accusari debebit tutor expilatæ hereditatis, si minùs furti, hoc est si expilauit substantiam pupilli post aditam ab eo hereditatem. Et verò absurdum fuerit dicere, nasci suspecti tutoris accusationem ante tutelam susceptam: Nec sufficit tutorem eum esse qui accusatur, vt remoueri possit, Nisi etiam illud concurrat, vt mala administratio facta sit in tutela. Denique non potest quis à tutela quasi suspectus remoueri, nisi ob ea quæ in tutela admisit, si fortè grassatus sit in tutela, vel sordidè egerit, vel perniciosè pupillo, vel aliquid ex rebus pupillaribus interceperit iam tutor factus, vt scriptum est in *d.§.nunc videamus.*

d.l.3.§.nunc videamus hoc tit.

Emendatus Vlpianus.

De eo

De eo qui ventri bonisque curator datus & fraudulenter versatus postea tutor factus est.

SEd nec illud dubitationem vllam habet, quod addit Vlp. in *§. si curator d. l.* 3. Si curator ventri bonisque datus fraudulenter versatus sit, deinde tutor datus, postulari eum posse suspectum: Etsi enim proximè diximus non posse suspecti accusationem locum habere pro malè gestis ante tutelam susceptam, Id tamen tùm habere locum non potest, cùm administratio, quæ tutelã præcessit talis fuit, vt eius quoque nomine potuerit suspecti accusatio exerceri, Quod in proposito casu contingit, quandoquidem iam dictum est in præcedentibus, Etiam illum qui curam ventris bonorúmque administrat non carere huius criminis metu, nec immunem esse ab hac accusatione ex *d. l. 3. §. sed etsi quis curam.* Qui enim potuit etiam priùs quàm tutelam susciperet remoueri tanquam suspectus, quidni multò magis poterit post eam susceptam? Superueniens siquidem tutela facit quomagis non quominùs accusatio suspecti locum habere debeat. Monet tamen Vlpianus in *d. §. si curator*, hoc quod dixit posse tutorem hunc quasi suspectum accusari & remoueri ob curam malè administratã ita esse accipiendum si non habeat contutorẽ. Nam si habeat, cùm possit ille eo casu conueniri à contutore ob curam malè administratam, nil necesse est permittere suspecti accusationem, quæ numquàm vtilis nisi cùm necessaria est, vt illatio habet nostra. *d. l. 3. § si curator D. hoc tit.* *d. l. 3. §. sed etsi quis curam.* *d. §. si curator.*

De finienda cognitione suspecti post finitam tutelam.

DEnique ad hanc illationem pertinet, quod Papin. scribit in *l. pen.* D. *hoc ti.* post finitam tutelam solui cognitionem suspecti etiam quæ fuerat recepta priusquàm tutela finiretur, quod & Iust. scribit in *§. sed si suspecti hoc tit.* & Imper. in *l. 1. C. eod.* Nempe quia, cùm tutela finita est, nemo dubitat quin tutelæ actio incipiat competere, cuius auxilio cùm possit pupillus indemnitatẽ cõsequi iure ordinario & via ciuili, desinit iam illa subesse necessitas quæ suspecti accusationem inducebat, & peruenit res ad eam causam à qua incipere non poterat: quod cùm accidit iudicium solui solet *l. iudicium soluitur* 58. D. *de indic.* Etsi non videtur Papinianus eam propositionem quæ non tam iuris regula, quàm multorum opinio fuit, in cæteris probasse, vt constat ex *l. verbis* 5. *in fin.* D. *ad leg. falcid.* iunct. *l. existimo* 98. De *verb. obligat. l. in ambiguis* 85. *§.* 1. De *regul. iur.* De quo alibi scripsimus. *l. pen. D. hoc tit. l. 1. C. eo. §. sed si suspecti eod.* *l. iudicium soluitur 58. D. de iudic.*

PRINCIPIVM II.

De suspecto ex moribus æstimando.

SVspectus tutor ille est, qui moribus talis est, vt suspectus sit *l. suspectum* 8. D. *hoc titu.* vbi ex hoc infert Vlpianus eum qui sit pauper quidem, sed fidelis & diligens non esse remouendum quasi suspectum. Cui conuenit, quod scriptum est in *l. postulandis* 5. C. *eod.* In postulandis suspectis tutoribus seu curatoribus, non vires patrimoniorum principaliter, sed an nihil segniter, nihil fraudulenter geratur, perpẽdi oportere. Quibus verbis tamẽ ostenditur etiam ob segnitiem solã posse quẽ vt suspectũ, & accusari & remoueri, quãuis *l. suspectum 8. D. hoc tit.* *l. in postulandis 5 C. eod.*

non etiam ob paupertatem. Quod quamquam ita est, multum tamen refert an quis à tutela remotus sit ob segnitiem, aut quod hac parte idem est ob simplicitatem, vel ineptiam, an verò ob fraudem. Vtroque quidem casu remouetur tutor, vel curator à tutela, vel cura. Sed priore citra notam infamiæ & integra existimatione, Posteriore verò cum infamia & vt loquitur Modestinus in *l. si tutor 9. D. hoc tit.* cum notata fide & existimatione. Idque iam à nobis tractatum est ad Principium præcedens ex *l. 3. §. vltim. & l. 4. in princip. eod.* vt intelligamus actionis infamiam non tam in remotione, quàm in remotionis causa consistere. Frequentius tamen est, vt non nisi ob dolum in tutela admissum suspectus quis postuletur *d. l. 3. §. nunc videamus*, aut ob negligentiam tam latam prope fraudem accedat *l. impuberibus 7. §. 1. eod.* Non quasi non liceat eum quoque postulare qui dolo careat si tam segnis, aut simplex, aut ineptus sit in tutela gerenda, vt non nisi cum magno & euidenti pupillaris patrimonij periculo & incommodo retineri possit *d. §. vlt. & d. l. 5. C. hoc tit.* Sed quia non tam faciles sunt magistratus ad remouendum tutorem qui dolo careat, sed potiùs adiungunt ei curatorem, ne alioqui onerent aliquatenus existimationem viri boni, quamuis pigri & negligentis apud bonos saltem & graues viros *d. l. si tutor*, vbi Modestinus ait hoc optimum factu esse, aut vt mauult legere Cuiacius, *optimum factum esse*, siue tutor aliquo vinculo necessitudinis, vel adfinitatis pupillo coniunctus sit, vel si patronus pupilli liberti tutelam gerat, etiamsi causa aliqua iusta sit propter quam talis tutor remouendus videatur. Excipiendus hodie ille est, qui negligens fuit in conscribendo inuentario, & nihilominùs attigit rerum pupillarium administrationem. Hunc enim Iustinianus voluit & ab officio quasi suspectum remoueri, & legitimis pœnis subiici, & postea perpetua macula infamiæ notari, adeóq; nec ab imperiali beneficio huius notæ absolutionem mereri posse *l. vlt. C. arbitr. tutel.* Extra hunc casum, ac nullo prætereà alio adeò seuerè punitur negligentia tutoris, vt ob eam remoueri debeat cum infamia: Neque verò in specie *d. l. vlt.* tam punitur negligentia tutoris in non conscribendo inuentario, quàm dolus saltem præsumptus in eo quod ante conscriptum inuentarium attigit res pupillares, quòd ab eo fieri non debere iam olim Vlpianus scripserat in *l. tutor qui repertorium 7. D. de admin. tutor.*

l. si tutor 9. D. eod. l. 3. §. vlt. l. 4. eod. d. l. 3. §. nūc videamus l. impuberibus 7. §. 1. eod. d. l. 3. §. vlt. D. eod. d. l. 5. C. eod. d. l. si tutor 9. D. eod. l. vlt. C. arbitr. tutel. l. tutor qui repertorium 7. D. de admin. tutor.

ILLATIO I.

De tutore suspecto qui vel iam satisdedit, vel satisdare paratus est.

EX hoc Principio illud primùm fit, vt tutori de quo tanquam suspecto remouendo agitur, nihil prosit quod vel iam satisdederit pupillo, vel satisdare, & idoneos fideiussores dare paratus sit *l. suspectus 5. & seq. D. hoc tit.* quia cùm suspectus non ex facultatibus, sed ex moribus quis dicatur, nemo non videt maleuolum tutoris propositum erga pupillum quod ex malis moribus proficiscitur, per oblatam, aut præstitam satisdationem non immutari, Præter id quod expedit pupillo rem suam saluam fore potiùs quàm tabulas Rem saluam fore cautionis habere *d. l. suspectus*, vbi additur, Nec ferendum esse contutorem

l. suspectus 5. & seq. D. hoc tit.

tuto rem qui collegam suum ideò suspectum non fecerit, quòd cautum esset pupillo. Semper enim vtilius est pupillo sic ei prospici vt ab initio nullum damnum sentiat, quàm vt postea laborandum habeat de consequenda indemnitate tametsi eam alioqui facilè sit consecuturus *arg. l. vlt. C. in quib. caus. non est necess. in integr. restit. l. 3. D. de compensat.*

l. vlt. C. in quib. caus. non est necess. in integ. resti. l. 3. D. de compensat.

ILLATIO II.

De plebeio tutore suspecto qui etiam corporaliter sit puniendus.

SEcundò ex eodem Principio fit, vt si quis de plebeiis ob facta atrociora quæ in tutela admisit fuerit apud prætorem accusatus, remittendus sit ad præfectum vrbi vt grauiter puniatur *l. 1. §. vltim. D. hoc titul.* id est pœna si opus sit etiam corporali si fortè plebeij tam vilis persona sit, vt non sufficiat suspecti infamia, puta si ob infamiam suam & egestatem possit eludere & contemnere sententiam prætoris, qui sicut nullam iurisdictionem criminalem habet quam præfectura vrbis totam sibi vindicauit *l. 1. D. de offic. præf. vrb.* ita neque corporalem condemnationem potest infligere, sed ad præfectum vrbi remittere omnes debet, quos videt dignos grauiore animaduersione *d. l. 1. §. solent de offi. præf. vrb. l. 1. §. vlt. d. D. de pœn. l. si quis iniuriã 35. D. de iniur.* vbi ob hanc causam pro *prætor* legendum esse *præfectus* docuimus in prioribus libris Coniecturarum. Ratio autem huius illationis ex eo pendet, quòd cùm suspecti accusatio inducatur ex malis moribus & fraudibus tutoris, æquissimũ sit quanto improbiores sunt, mores & quanto atrociora illa quæ tutor per dolũ commisit, tanto grauiorem irrogandam ei esse condemnationem. Ea ratio facit vt si libertus tutelam gerens filiorum patroni fraudulenter eam gessisse probetur, omnimodo remittendus sit ad præfectum vrbis grauiter puniendus *l. 2. D. hoc titul.* Nempe quia quæ in alio tutore leuior culpa esset, in liberto est grauior, propter bonam fidem & diligentiam quam patrono ciúsque liberis exuberatiorem præstare debet in memoriã tanti accepti beneficij quantũ est libertatis *d. l. 1. §. solẽt de offic. præf. vrb.* quod summum precium est quantumcunque liberalis seruitutis, vt loquar cum Comico in Andria,

l. 1 §. vlt. D. hoc tit.

l. 1. D. de offic. præf. vrb.

d. l. 1. §. solent. l. 1. §. vlt. D. de pœn. l. si quis iniuriã 35. C. de iniur.

l. 2. D. hoc tit.

Feci è seruo vt esses libertus mihi,
Propterea quòd seruiebas liberaliter,
Quod habui summum precium persolui tibi.

ILLATIO III.

De non permittenda impuberibus contra suos tutores suspecti accusatione.

TErtiò ex eodem Principio fit, vt impuberibus non permittatur suspectos facere tutores suos, *l. impuberibus 7. D. hoc tit.* Nam cùm tutor vt personæ ita moribus pupilli potissimùm detur, *l. cùm plures 12. §. tutor D. de administr. & peric. tutor.* absurdum sanè esset pupillum præsertim qui iudicio careat inquirere in mores tutoris sui, à quo regi ipse debeat. Alia ratio est ob quam nõ potest pupillus agere ipse tutelæ cum suo tutore. Id enim ideo sic comparatum est quoniam absurdum esset à tutore rationem admini-

l. impuberibus 7. eod. l. cùm plures 12. §. cùm tut. D. de administutor.

ſtrationis negotiorum pupilli repoſci, in qua tutor ipſe adhuc perſeueret vt ſcribit Vlpianus in *l. ſi tutor 9. §. & generaliter D. de tutel. & ration. diſtr.* Quare nec alius quilibet tutelæ actionẽ pro pupillo inſtituere poteſt nõ magis, quàm pupillus, niſi poſt finitã demùm tutelam *l. niſi finita 4. eod. tit.* At ſuſpecti accuſationem inſtituere poteſt quilibet alius quàm pupillus, etiam durante tutela, Imò non niſi ea durante vt diximus in præcedentibus. In adoleſcẽte aliud eſt. Nam ſi velit, poteſt ille ſuſpectum facere curatorem *d. l. impuberibus*, quia non ſicut pupilli moribus tutor datur, ita & adoleſcentis moribus curator, ſed bonis eius tantũ n non perſonæ. Debet tamen ex conſilio neceſſariorum id facere, vt addit Vlpianus *in d. l. impuberibus*, & poſt eum Iuſtinianus in *§. impuberes hoc tit.* quia res tanti momenti quantũ eſt accuſatio iſta, quę tutoris fidem & exiſtimationem ſuggillat, non facilè debuit committi arbitrio minoris, cuius & mores ſuſpecti & iudicium minùs firmum eſt.

l. ſi tutor 9. §. & generaliter D. de tutel. & rat. diſtr.
l. niſi finita 4. eod.
d. l. impuberibus § impuberes hoc tit.

ILLATIO IIII.

De ſeruo quoque pupillari admittendo & audiendo ad detegendas fraudes tutoris.

QVartò ex eodem Principio fit vt ſiue tutor ſiue curator ſit is qui ſuſpectus dicitur, non poſſit præſcribere & impedire quominùs in ſuſpecti cognitione religio prætoris inſtruatur à pupillari ſeruo detegente fraudes tutoris, *l. vlt. D. hoc tit.* Etſi enim aliud videbatur dicendum, quia non ſolet ſeruus audiri contra dominum, Tutor autem domini loco habetur. *l. interdum 56. §. qui tutelam D. de furt.* Tamen cùm accuſatio ſuſpecti ſit de moribus tutoris, in quos meliùs inquirere prætor nõ poſſit quàm ſi ſeruos audiat & alios domeſticos quibus ſolis vt plurimùm nota ea ſunt, quæ fiunt domi *l. conſenſu 8. §. ſeruis etiam C. de repud.* nihil cauſę eſt cur non in accuſatione ſuſpecti poſſint & debeant ſerui pupillares audiri contra tutorem, ac multò magis contra curatorem, qui domini loco nunquam habetur, quia rebus tantùm non perſonæ datur, vt ſuo loco monuimus.

l. vlt. D. hoc tit.
Domeſtici ſoli ea meliuſ ſciũt quæ fiunt domi.

ILLATIO V.

De tutore qui per abſentiam ſuam facit ne alimenta pupillo decernantur.

QVintò ex eodem Principio fit, vt ſi tutor ſui copiam non facere perſeueret, ne alimenta pupillo decernantur, maximéque ſi edictis prætoris euocatus poſteaquàm tutor datus eſt non compareat, poſſit ob hoc ipſum tanquam ſuſpectus remoueri quaſi qui abſentia ſua ſuſpectus factus ſit. *d. l. impuberibus §. pen. & vlt. D. hoc tit.* vbi pro *ſententia* lego *abſentia* motus tam ex præcedentibus quàm ex ſequentibus. Nam & ad tutoris mores illud pertinet, vt ſuſpecti videri debeant, ſi nolit ille comparere, & ad prætorem venire vt pupillo ſuo dãnũ inferat vel incõmodũ, cuius è cõtrario & ſalutem & cõmoda nõ minùs curare debeat quàm proprias ſuas vtilitates. Hoc verò tũ maximè obtinet ſi tutor ideò abſit aut latitet ne pręſẽte eo alimẽta decernãtur. Quid. n. aliud hic agit, niſi vt enecet pupillũ? Siquidẽ necare is quoq. videtur qui alimẽta denegat *l. necare 4. D. de agn. & alẽd. lib.* Nõ tamẽ in pœnam huiuſmodi abſentię etiam quæ contumaciam adnexam habeat, ſtatim eò decurrendum eſt vt tutor ſuſpe-

d. l. impuberibus §. pen. & vlt.
Emendatio d. §. vlt.
l. necare 4. de agnoſc. liber. §. ſi quis tutor hoc tit. l. 3. §. tutor eod.

suspecti accusetur, & quasi suspectus remoueatur, Nisi perrarò & diligenti habita inquisitione, siue quòd variæ possint esse causæ ex quibus tutor absit etiam citra dolum, Siue quòd tum quoque cùm dolus adest, aliis tamen modis minùs asperis coerceri possit contumacia, Inter quos vnus ille est, qui & ante cæteros tentari debet, vt iubeatur suis rebus carere qui negligit pupillates, Vt scilicet rei seruandæ causa pupillus mittatur in possessionem bonorum sui tutoris, quomodo mitteretur creditor in possessionem bonorum debitoris latitantis ex *tit. Quib. ex caus. in poss. eat.* Quo facto etiam res quæ mora deteriores futuræ sunt ex bonis tutoris distrahi iubeatur dato in id curatore. Quòd si neque hoc remedio vinci & adigi tutor possit vt veniat, & pareat, tum verò quasi non modò contumacem, sed etiam suspectum remoueri eum oportebit. Et hic Vlpiani nostri sensus est *in dict. l. impuberibus §. pen. & vltim. hoc titul. & Iustiniani in §. si quis tutor.* Iunct. *l. 3. §. tutor. eod. titul.* At quid si tutor non quidem latitet sed præsens contendat nulla posse alimenta decerni pupillo tanquam inopi? Respondet. Vlp. *in dict. §. tutor* dandos esse hoc casu aduocatos pupillo, & si tutor in mendacio reuincatur remittendum eum esse ad præfectũ vrbis vt grauiter puniatur. Nec enim quicquã interest, inquit, an id quis agat vt corrupta fide inquisitionis tutor cõstituatur, an verò bona fide cõstitutus incipiat velut prædo bonis alienis incũbere. Ergo remouebitur quidẽ quasi suspectus, verùmtamẽ nõ modò remouebitur, sed etiã remittetur puniendus ea pœna qua solent adfici qui tutelã corruptis ministeriis redemerũt. Sic nãque intelligo quod Vlp. scribit in illis verbis *hic ergo nõ quasi suspectus remouebitur.* Alioqui perabsurdũ esset dicere nõ remoueri eũ qui etiã grauiter puniẽdus sit à præfecto vrbis. Ne qui maiorẽ pœnã meretur à minore excusetur *l. cui pacto. 5. D. de seru. expor.* Nã & subiicit idem Vlp. *in §. seq.* tractans de eo qui neque pecuniã ad prædiorũ emptionẽ conferre, neque deponere peruicaciter perstat quoad emptionis occasio inueniatur nõ solùm iuberi vinculis cõtineri sed etiã insuper pro suspecto habẽdũ esse. Mox addit sed sciendũ esse, non omnes tutores hac seueritate debere tractari, sed vtique humiliores. Nã eos qui sunt in aliqua dignitate positi nõ oportere vinculis publicis contineri. Quod haud dubiè sic accipiẽdum est, vt tamẽ non eò minùs remoueri debeant quasi suspecti. Nec enim distinguimus positos in dignitate ab humilioribus in accusatione suspecti, sed eos tantùm qui aliquo necessitudinis vel adfinitatis vinculo cõiuncti sunt pupillo, vel quibus reuerentiã pupillus debet à cæteris vt *in l. si tutor. 9. eod. tit.* Aut negligentes à dolosis *l. 3. §. vlt. & l. 4. eod. tit.*

ILLATIO VI.

De auferenda interim administratione bonorum pupillarium ei qui dicitur suspectus.

SExtò ex eodem Principio fit, vt si quis tutor vel curator suspectus postuletur auferenda ei sit interim ac lite pendente bonorum administratio *l. eum quem 7. C. hoc tit.* quod à Papiniano nostro primùm fuisse inductum innuit Iustinianus noster in *§. si quis autẽ suspectus hoc tit.* Illa vt videtur ratione, quòd is qui suspectus dicitur, licèt eo tẽpore nihildũ fecerit, propter quod reuera suspectus dici possit, hoc ipso tamẽ quodammodo suspectus fieri incipit quod suspectus allegatur, Non quidẽ hactenus vt statim remoueri debeat nec auditus nec cõuictus quod esset iniquissimũ, sed hactenus saltẽ ne patiatur ma-

gistratus

gistratus salutem pupilli & administrationē bonorum eius cōmitti oporteat illi, qui dicitur suspectus. Tutorem enim non solùm crimine, sed etiam criminis suspicione vacare expedit vt sibi commissam administrationem retinere possit. Exemplo eius quod de iudice dicimus si suspectus sit remoueri eum debere licèt nihil adhuc fecerit quod à boni viri, probique iudicis officio alienum videri possit, quia malum est coram suspecto iudice litigare *l. apertissimi* 13. *C. de iudi.* Etsi longè facilius est vt recusetur iudex quasi suspectus quàm vt tutor remoueatur, quia remotio tutoris onerat existimationē saltem apud bonos & graues viros, non etiam remotio iudicis. An ergo suspicionis causas aliquas contra tutorē etiam per calumniam fortè allegari sufficiet, vt ei administratio interim ac pendente lite auferatur? Hoc verò sanè perquàm durum est, ne tam facilè calumniis fenestra patefiat vt optimi cuiusque existimatio periclitetur. Præsertim verò cùm dici soleat in eo statu retineri quem debere pendente lite, in quo litis inchoatæ tēpore inuenitur *l. moueor* 4. *C. si seruu. export. ven.* Itaque melius est ita rem temperari vt non ex sola suspicionis allegatione tutori auferatur interim administratio, sed ita demùm si concurrāt indicia nonnulla super quibus auditus tutor sit & litem contestatus, Vt proinde generaliter dici possit non esse auferendam ei administrationem ante litem contestatam, Quod & Doctores plerique tradiderunt quos retulimus & probauimus in Codice nostro Definitionum forensium & rerum in sacro Sabaudiæ Senatu tractatarum *Defin. 2. de suspect. tutor.*

l. eum quem 7. C. hoc tit. §. si quis autem eo d. l. apertissimi 13. C. de indic.

ILLAT. VII.

De tutore interdum remouendo quasi suspecto etiam prius quàm attigerit tutelam.

§. suspectus autem vers. sed & ante hoc tit. l. 3. §. si tutor inimicus eod.

SEptimò ex eodem Principio fit vt possit aliquando remoueri tutor quasi suspectus etiam priusquàm attigerit tutelam, & aliquid gerere cœperit *§. suspectus autem est, vers. sed & ante hoc titul.* quia scilicet suspectus tutor non tam ex administratione quàm ex moribus æstimatur, Mores autem tutoris malos & administrandæ ex pupilli commodo tutelæ impares detegi nihil prohibet antequàm attingatur administratio. Quamuis hoc vt difficilius est, ita etiam rarius fit. Suspectus enim verè ac propriè ille est, qui non ex fide tutelam gerit, quomodo Iustinianus noster diffinit in *d. §.* suspectus, Paullo aliter quàm Vlpianus in *d. l. suspectū* 8. *D. eod.* qui suspectum tutorem definit ex moribus non ex administratione. Quod quia verius & generalius est maluimus Principium nostrum ex Vlpiano quàm ex Iustiniano desumere. Planè si tutor inimicus pupillo eiúsve parentibus sit, nemo dubitat quin hoc ipso remoueri debeat, licèt nihildū administrauerit. Quid enim cōmodi ab inimico tutore sperare pupillo liceat? *l. 3. §. si tutor inimicus eod. tit.* vbi additur generaliter idem esse si qua iusta causa prætorem moueat cur non debeat pati vt tutor in ea tutela versetur. Iusta autem causa est quęcumque probabilem metū potest iniicere ne tutor malè rem pupilli sit administraturus.

ILLATIO VIII.

De tutore qui abstinuit pupillum hæreditate lucrosa.

OCtauò ex eodem Principio fit vt si tutor abstinuerit pupillum hereditate siue inconsideranter siue dolo malo, cum hereditas pupillo vtilis & lucro

sa

la esse posset hoc ipso possit suspectus postulari *l. 3. §. is tutor hoc tit.* Non enim paruum pupilli damnum est, si opulentæ hereditatis commodo priuetur. Nec malos mores tutoris hac parte alios intelligimus quàm qui sint damnosi pupillo, puta si rem vetitã distraxerit sine decreto *d. l. 3. §. Seuerus* scilicet per fraudem quamuis nihil egerit vt lex ait. Si tamen inconsideranter id tutor fecerit nõ fiet infamis, quomodo fieret si dolo malo secundum ea quę diximus in superioribus.

PRINCIPIVM III.

Tutorem qui tanquam suspectus remotus est desinere tutorem esse.

TVtor vel curator qui tanquam suspectus non modò postulatus, sed etiam remotus est, desinit esse tutor vel curator, quia hoc ipso à tutela vel cura abire iubetur *l. 3. §. vlt. & l. seq. & pass. D. hoc tit.* Etsi enim remouendi tutoris causa quæ vt proximè diximus, ex malis potissimùm & suspectis moribus proficiscitur temporalis esse videtur non perpetua, siquidem fieri facilè potest vt quod in moribus suspectum ac viciosum esse mutetur in melius, nimis tamen periculosum esset siue personæ siue bonorum administrationem ei committere cuius siue perfidiam, siue ineptiam exploratam habeat magistratus ad quem ea res pertinet, cùm non nisi amicissimos & fidelissimos & diligentissimos viros ad id muneris obeundum eligi oporteat: vixque tanta vnquam cautio adhiberi possit, vt non periclitari meritò existimetur quisquis lubrico tutelę committitur vt loquitur Papinianus in *l. 3. §. cùm Pollidius D. de vsur.* Quid, quod remotus tutor tanquam suspectus vt plurimùm fit infamis sicuti diximus in præcedentibus, ob idque planè indignus qui ad munera publica & ciuilia obeunda, quale munus tutelæ est, admittatur? Taceo quod ex regula iuris pontificij, Semel malus semper præsumitur malus in eodem genere mali.

l. 3. §. vlt. & l. seq. D hoc tit.

l. 3. §. cùm Pollidius. D. de vsur.

ILLATIO I.

De tutore suspecto & remoto eximendo à futuri temporis periculo.

EX hoc Principio illud primùm fit, vt qui decreto prætoris tanquam suspectus remotus est, periculum futuri temporis non timeat, *vt Papin. ait in l. decreto 10. hoc tit.* Nec enim alius periculum cessationis timere potest quàm qui tutor est, aut tutelã suscipere iussus fuit *l. tutor vel curator 20. C. de admin. tut. l. 10. pro offic. 20. C. eod.* Qui verò remot⁹ est à tutela vel cura, is nõ solùm tutor vel curator nõ est, sed nec amplius esse potest cùm prohibitus sit gerere & administrare. Idque est quod rationis loco addit Papinianus, Iniquũ esse remoueri quidem tutorem vel curatorem à tutela vel cura, In futurum autem non esse securum: Etsi videtur ita fieri vt ex eodem facto & pœnam & præmium quis consequatur.

l. decreto 10. D. hoc titul. l. tutor vel curator 20. D. de admin. tuter. l. pro officio 20. C. eod.

ILLATIO II.

De pupillari debitore qui soluit tutori iam remoto.

l. quòd si fortè 14. §. quòd si remoto D. de solu. l. Lucius 46. §. tutelæ & §. vlt. D. de admin. tutor. l. debitores. 18. D. de solut. l. filia 88. eod.

SEcundò ex eodem Principio fit vt si quis pupilli debitor soluerit tutori remoto non liberetur, quia soluit ei qui tutor esse desierit, vt scribit & ratiocinatur Vlpianus in *l. quòd si fortè 14. §. quòd si remoto D. de solut.* Solutio enim à debitore pupillari facta ita demum liberat eum si soluerit vero tutori *l. Lucius 45. §. tutelæ & §. vlt. D. de admin. tutor.* Adeò vt nec sufficiat bona fide soluisse illi qui pro tutore negotia gerebat si non probetur etiam pecunia in rem pupilli versa *l. debitores 18. D. de solut.* Nisi proponas ei solutum quasi tutori, qui quasi tutor stipulatus fuerat vt in *l. filiæ 88. eo. ti.* De quo alibi scripsimus. Atquin is qui à tutela vel cura remotus est non solùm neque tutor neque curator est, sed neque pro tutore vel curatore gerit cùm gerere prohibitus sit, vt diximus illatione præcedenti.

ILLATIO III.

De alio tutore dando in locum suspecti & remoti.

l. pen. C. in quib. casib. tutor. habent. l. 1. 2. & 3. C. hoc tit.

TErtiò ex eodem Principio fit vt remoto tutore quasi suspecto alius tutor pupillo dandus sit, non minùs quàm si tutor in perpetuum excusatus adeóque defunctus esset, qui tamen dari non posset si remotus tutor remaneret *l. penult. C. in quib. casib. tutor. habent.* Facit *l. 2. & 3. C. hoc tit.*

PRINCIPIVM IV.

De magistratibus qui ius habent remouendi tutoris vel curatoris.

l. 1. §. damus autem D. hoc tit.

IVs remouendi tutoris vel curatoris habent in vrbe Prætores, In prouinciis verò earum Præsides quo nomine Proconsules quoque continentur. *l. 1. §. damus autem* D. *hoc tit.* vbi placet valde quod Vlpianus noster ita scribit *Damus autem* non quomodo Tribonianus in hoc tit. *Datum est autem* Priore namque locutione non etiam posteriore significatur apposité ius hoc remouendi tutores non competere. Prætoribus aut Præsidibus quasi specialiter iis datum lege aliqua vel Senatusconsulto, vel constitutione sed propter vim sui imperij vt scriptum est de iudicis dandi licentia quã iidem magistratus habẽt, *in l. cùm prætor 12. §. 1. D. de iudic.* id est vi & potestate ordinaria suæ iurisdictionis, Alioqui dicendum est & potestatem hanc remouendi tutores vel curatores nullomodo mandari posse, ne quidem expressim & specialiter, multò minùs verò transire mandata iurisdictione, Ex ea regula quam Papinianus noster tradit *in l. 1. in princip. D. de offic. eius cui mandat. est iurisd.* Quod vtrumque tamen falsum est: Nam cùm olim dubitaretur, An apud Legatum Proconsulis suspectus postulari quis posset, Imperator Antoninus cum Diuo patre rescripsit posse Ratione illa addita, quòd mandata Legato Proconsulis iurisdictione totum iuris dicundi officium ad eum transeat, Vt intelligamus ex officio ipso iuris dicundi non ex speciali vlla concessione totum hoc ius pendere. Cui consequenter subiicit ibidem Vlpianus, Ergo etsi prætor mandet suam

l. cùm prætor 12. §. 1. D. de iudic. l. 1. in princ. D. de offic. eius cui mãdat. est iurisd.

iuris-

iurisdictionē simili modo dicendū esse suspectum posse apud eum postulari cui mandata erit iurisdictio. Cùm enim sit in prouincia inquit, hoc rescriptū, consequens est dicere, Eum quoque cui à prætore mandata est iurisdictio posse de suspecto cognoscere, Scilicet ne quis fortè putaret speciali quodam iure ac priuilegio receptum esse in persona Legati Proconsulis vt cognitionem hanc habeat, quomodo alia pleraque ei specialiter concessa sunt ac inter cætera vt tutorem dare possit *l. penul.* D. *de offic. Proconf. & legat.* quod ei specialiter ex oratione Diui Marci datum fuisse constat *l. 1. §. Legatus* D. *de tutor. & curat. dat.* quomodo nec alius quisquam tutorem dare potest, quàm cui specialiter lege, vel senatusconsulto, vel constitutione aliqua ius illud datum fuit *d. l. 1. l. 3. eod. tit.* Vnde illud etiam fit vt nec mandante præside alius tutorē dare possit *l. nec mādante* 8. *eod.* Nēpe quia vt iā diximus, quæcumque specialiter alicui data sunt ea nec mandari expressim & specialiter possunt, nec mandata generaliter iurisdictione transeunt *d. l. 1. De offic. eius cui mandat. est iurisd.* quasi videantur quodammodo negligi cùm alij mandantur *l. cum hi* 8. *§. si prætor* D. *de transact.* Et hinc nimirum petenda est diuersitatis ratio si quis fortè quærat, Cur non sit idem ius eadémque cognitio remouendi & dandi tutoris, hoc est, Cur faciliùs mandari, adeóque mandata generaliter iurisdictione transire ius tutoris remouendi quàm ius dandi. Cùm sint ista contraria Tutorem dare, & Tutorem remouere, dicique soleat eandem esse contrariorum rationem. Scilicet, quia non sicut dandi tutoris ius specialiter quibusdam magistratibus concedi necesse fuit, cùm iure sui magistratus nemo tutorē dare posset, neq; propter vim imperij, neque vi propriæ iurisdictionis, quandoquidē tutoris datio neque est imperij neque iurisdictionis *l. muto 6. §. tutor. datio D. de tutel.* Ita & remouēdi tutoris ius specialiter cuiquā concedi oportuit, cùm sit ea res iurisdictionis, & quā nec alius habere potest quàm qui iurisdictionem habeat. Quamquam videtur Macer Iurisconsultus totum hoc ius ad pupillorum vtilitatem referre in *l. cognitio* 4. D. *de offic. eius cui mandat. est iuris.* Interest enim pupilli valde, vt plures sint qui eam cognitionem possint suscipere, sicut & vt plures sint qui tutorem suspectum possint accusare, Ne dum vel iudex vel accusator quæritur, aut expectatur, interea grassetur tutor pro arbitrio in re pupillari pupillúmque spoliet, Cuius periculi metu etiam illud receptum esse iam suprà diximus vt pendente accusatione remoueri tutorē oporteat, nec ei prodesse debeat, quòd vel iā satisdederit, vel satisdare paratus sit. Video tamē verba rescripti à Macro relati in *d. l. cognitio* nihil de pupillorum vtilitate exprimere sed ad potestatem mandatæ iurisdictionis totum hoc referre. Sic enim verba rescripti habent, *Imperatores Seuerus & Antoninus Braduæ Proconsuli Africæ, Cùm propriam iurisdictionem legatis tuis dederis, consequens est vt etiam de suspectis tutoribus possint cognoscere:* Quibus verbis apertissimè significatur ius hoc cognoscendi de suspecto non nisi ex consequentia mandatæ generaliter iurisdictionis competere Legato Proconsulis, aut alij cuilibet mandatam iurisdictionem habenti. Nec superioribus contrarium est quod Marcianus scribit in *l. 1. § suspecti D. ad SC. Turpill.* suspecti tutoris accusationem pro tribunali tantùm examinari posse, Et nullum alium de huiusmodi quæstione quàm ipsum præsidem pronunciare posse. Id enim sic accipiendum est non quasi

l. pen. De offic. proconf. & legat.
l. 1. §. legatus D. de tutor. & cur. dat.
d. l. 1. l. 3. eo. ti.
l. nec mandante 8. eod.
Ratio diuersitatis inter ius dandi tutoris & ius remouendi.
l. muto 6. §. tutoris datio D. de tutel.
l. cognitio 4. de offic. eius cui mand. est iurisd.
l. 1. §. suspecti D. ad SC. Turpill.

separanda sit pronunciatio à cognitione vt quidam malè crediderunt, nec ad exclusionem eius qui mandatā à Præside habeat iurisdictionē, qui cùm siue cognoscit siue pronunciat, Præses ipse & cognoscere & pronunciare intelligitur, cuius scilicet vice ac partibus fungitur qui mandata vtitur iurisdictione *l. 1. qui mandatam l. etsi prætor 3. D. de offic. eius cui mandat. est iurisd. l. solet prætor 16.* D. *de iurisdict.* Sed tantùm ad exclusionem magistratuum municipalium, qui soli magistratus sunt in prouincia præter Præsidem: quique quoniam iurisdictionem aliquam habent adeóque ius etiam tutoris dandi, *d. l. 3. D. de tutor. & curat. dat.* videbantur multò magis ius quoque remouendi tutoris habere debere, siue propter vtilitatem pupillorum quorum interest, vt diximus plures esse qui de suspecto cognoscere & pronunciare possint, siue quod cognitio suspecti magis pendeat ex iurisdictione quàm datio tutoris. Sed tamen aliud placuit, quia cognitio hæc cùm sit quasi publica accusatio & quæ vt plurimùm infamiam irrogat damnato, non cuilibet magistratui danda fuit, sed maioribus tantùm magistratibus non tantùm iurisdictionem, sed etiam tribunal habentibus, quales sunt in prouinciis soli Præsides, aut qui mandatam ab iis iurisdictionem habent, quos diximus Præsidum vice fungi, Non etiam magistratus municipales. Hi enim iurisdictionem quidem habent *l. 1.* D. *si quis ius dicent. non obtem.* sed non tribunal. Ideò autem necessarium est tribunal, quia remoueri tutor non potest siue maxima causæ cognitione, vt ostendimus in præcedentibus: Vnde & suspecti cognitio appellatur. Quæcumque autem causæ cognitionem desiderant, ea non nisi pro tribunali expediri possunt *l. nec quicquam 9. §. vbi decretum* D. *de offic. Proconf. l. vbicunque* 105. *De regul. iur.* Et hic finis sit primi Tomi nostræ Papinianeæ iurisprudentiæ.

l. 1. §. qui mā datā l. 3. de offic. eius cui mand. est iurisd.

d. l. 3. D. de tutor. & curat. dat.

l. nec quicquā 9. §. vbi decretum de offic. procōs. l. vbicūque 105. de regu. iur.

FINIS.

Gloria tota Deo, *qui hæc nobis ocia fecit.*





IN IVRISPRVDENTIAE PAPINIANEAE SCIENTIAM ANTONII FABRI, Index locupletissimus.

A.

B

Cæcus

C.

D.

tit.11,

H

L.

Libertas

M

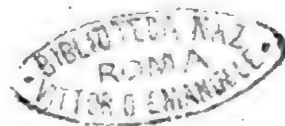
N.

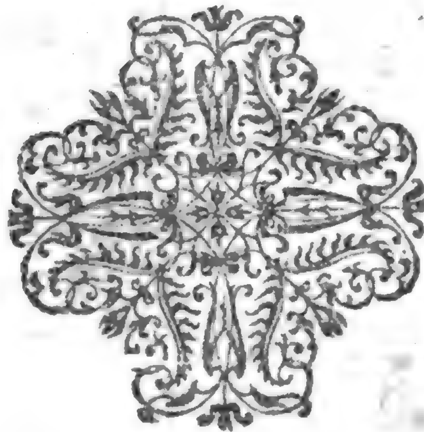
O.

P.

Pœna

FINIS.












ALFREDO FA
ROMA
Legatore

